Der Verwendungsersatzanspruch des gutgläubigen Eigenbesitzers

im Römischen, Gemeinen und Deutschen Bürgerlichen Recht.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Erich von Moßner

Regierungsreferendar in Breslau.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Leonhard.
Korreferent: Professor Dr. H. Meyer.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Einleitung (§ 1) . . . . . 1— 3

B. Der Verwendungsanspruch des gutgläubigen Eigenbesitzers nach römischem Recht (§§ 2—23) . . . . . 3—78

I. Der Impensenanspruch des gutgläubigen Eigenbesitzers im klassischen Recht (§§ 2—4) . . . . . 3—24

1. Entwicklung des Impensenanspruchs (§ 2) . . . 3— 6
2. Begriff und Umfang des Impensenanspruchs (§ 3) 6—17
3. Geltendmachung des Impensenanspruchs (§ 4) . 17—24

II. Die Impensenklagen des gemeinen Rechts und ihre Entwicklung unter dem Einfluß: (§§ 5—6) . . . . . 24—31

1. der deutschrechtlichen Gewere (§ 5) . . . . . 24—29
2. des Begriffs der ungerechtfertigten Bereicherung (§ 6) 29—31

III. Die gemeinrechtlichen Impensenklagen im Verhältnis zur Lehre des klassischen Rechts (§§ 7—22) . . . . 31—75

a) Die Kondiktionen (§§ 7—12) . . . . . 31—52

1. Die condictio indebiti (§§ 7—9) . . . . . 31—43

aa) Ihre Verallgemeinerung durch das gemeinrechtliche Prinzip der Aequitas (§ 7) . . . . . 31—33

bb) Ihre Begrenzung durch die Negotienlehre Julians (§ 8) . . . . . 33—39

cc) Die sogenannte condictio impensarum (§ 9) . 39—43

2. Die condictio sine causa (§§ 10—11) . . . . . 43—48

aa) Die condictio sine causa specialis (§ 10) . . 43—47

bb) Die condictio sine causa generalis (§ 11) . 47—48

3. Die condictio possessionis (§ 12) . . . . . 48—52

b) Die negotiorum gestorum actio contraria (§§ 13—16) 52—63

1. Die utilis actio contraria des gemeinen Rechts (§ 13) 52—54
2. Das Erfordernis des animus obligandi im klassischen Recht (§ 14) . . . . . 54—55
3. Die Ausnahmen davon im klassischen Recht (§ 15) 55—60

aa) Die actio funeraria.

bb) Die l. ult. i. f. D. 3, 5.

4. Gesterdings Theorie einer Verwendungsklage auf Grund auftragloser Geschäftsführung (§ 16) . . 60—63

c) Die actio in factum und actio in rem utilis (§§ 17—22) 64—75

1. Die actio in factum subsidiaria des gemeinen Rechts und ihre Begründung aus l. 23 § 5 D. 6, 1 (§ 17) . . . . . 64—66
2. Widerlegung dieser Begründung (§§ 18—20) . . 66—71

aa) Die actio in factum als Ersatz der actio ad exhibendum bei Spezifikation, Verbindung und Vermischung (§ 18) . . . . . 66—67

Seite

bb) Ausschluß der actio ad exhibendum bei Inaedificatio (§ 19) . . . . . 67— 68
cc) Actio ad exhibendum und jus tollendi (§ 20) 69— 71
3. Die actio in factum und actio in rem utilis als Ersatz der rei vindicatio (§ 21) . . . . . 71— 74
4. Unterschied der Rechtslage bei Einbau fremden Materials auf eigenem Grundstück und bei Bau auf fremdem Boden mit eigenem Material (§ 22) 74— 75
IV. Schlußbetrachtung (§ 23) . . . . . 76— 78
C. Die Verwendungsansprüche des gutgläubigen Besitzers nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch (§§ 24—38) . . . 78—109
I. Übersicht: Vergleich der Verwendungsansprüche nach klassischem römischem Recht und nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch (§ 24) . . . . . 78— 81
II. Die Klage des gutgläubigen Besitzers auf Ersatz der Verwendung und ihre Voraussetzung (§ 25) . . . . 81— 83
III. Das Retentionsrecht (§§ 26—30)
a) Indirekte Befriedigung (Einredeweise) (§ 26) . . . 83— 85
b) Selbstbefriedigungsrecht (§§ 27—30) 85
1. Begriff und Wesen (§ 27) . . . . . 85— 86
2. Geltendmachung gegenüber dem Eigentümer (§ 28) 87
3. Verwirklichung durch Zwangsvollstreckung (§§ 29 bis 30) . . . . . 88— 90
aa) Voraussetzungen der Vollstreckung in Grundstücke (§ 29) 88
bb) Zulässigkeit einer Sicherungshypothek (§ 30) 88— 90
IV. Umfang des Verwendungsanspruchs (§ 31) . . . . . 90— 96
V. Das Abtrennungsrecht (§§ 32—36) . . . . . 96—102
a) Generelle Beschränkungen des Abtrennungsrechtes (§§ 32—34) . . . . . 96— 99
1. Wesentliche und nicht wesentliche Bestandteile (§ 32) . . . . . 96— 97
2. Sonderbestimmungen bei Grenzüberbau (§ 33) . 97— 98
3. Abtrennungsrecht und Abtrennungszwang bei Bau auf fremdem Boden (§ 34) . . . . . 98— 99
b) Singuläre Beschränkungen des Abtrennungsrechtes (§§ 35—36) . . . . . 100—102
1. Sachliche (§ 35) . . . . . 100—101
2. Zeitliche (§ 36) 102
VI. Der subsidiäre Bereicherungsanspruch des Besitzers gegen den durch die Verwendungen bereicherten Eigentümer (§§ 37—38) . . . . . 102—109
a) Seine Zulässigkeit bei Accession (§ 37) . . . . . 102—106
b) Seine Unzulässigkeit in allen anderen Fällen (§ 38) 106—109

Literaturverzeichnis.

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten. Kommentar von Dr. C. F. Koch. Berlin 1856.

Baring, Aufwendungen, Verwendungen und ihr Ersatz. Im Sächsischen Archiv für deutsches bürgerliches Recht.

Beckhaus, Die Subsidiarität des Bereicherungsanspruches nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Heidelberg 1906.

Bekker, Die Aktionen des römischen Privatrechts. Bd. 1. Berlin 1871.

Bethke, Die l. 38 D. 6, 1 und ihre Bedeutung für die Impensenlehre. Diss. Leipzig 1905.

Biermann, Das Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1898.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 2. 2., veränd. Aufl.

v. Brünneck, Bemerkungen zu der Lehre von den Verwendungen, deren Erstattung der Besitzer eines Grundstücks verlangen kann. In Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts 51. Jahrg. Heft 3.

Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart. Tübingen 1848.

Bruns, Die Besitzklagen des römischen und des heutigen Rechtes. Weimar 1874.

Cujacius, Operum, quae de iure fecit. Bd. 6. Modena 1778.

Dernburg, Pandekten. Bd. 1 u. 2. 4., verb. Aufl. Berlin 1894.

Doehle, Der Verwendungsanspruch des Besitzers. Erlanger Diss. Borna-Leipzig 1907.

Donellus, Commentarii de iure civili. Bd. 8. 6. Ausg. Nürnberg 1825.

Eck, Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2, herausgegeben von Leonhard. Berlin 1904.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 u. 2. Berlin 1905.

Endemann, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 2. Berlin 1898.

Erxleben, Die Condictiones sine causa. 1. Abteilung: Die Cond. indebiti. Leipzig 1850.

Everardus, Otto, Thesaurus iuris romani. Tom. II. 2. Ausg. 1733.

Florey, Die Verwendungsansprüche des Besitzers nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Leipzig 1904.

Francke, Kommentar über den Pandektentitel: „De hereditatis petitione"-1. Abt. Göttingen 1864.

Gesterding, Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. 4. Abh. Greifswald 1834.

Glück, Erläuterung der Pandekten. Bd. 13. Erlangen 1811.

Jacobi, Der Rechtsbegriff der Bereicherung mit dem Schaden eines anderen. In den Jahrbüchern für Dogmatik von Gerber und Jhering Bd. 4. Jena 1861.

Jung, Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes. Leipzig 1902.

Kämmerer, Erörterung der Frage: Kann jemand, der in dem Glauben, seine eigenen Geschäfte zu treiben, die eines anderen geriert, gegen diesen anderen die Negotiorum gestorum actio utilis anstellen? Erschienen in der Zeitschrift für Zivilrecht und -prozeß (Linde-Marezoll) Bd. 8. Gießen 1835.

v. Koschembahr-Lyskowski, Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht. Bd. 1 u. 2. Weimar 1903, 1907.

v. Mayr, Robert, Die Condictio des römischen Privatrechts. Leipzig 1900.

v. Mayr, Robert, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts. Leipzig 1903.

v. Mayr, Robert, Die Condictio incerti. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 25.

v. Monroy, Die vollmachtlose Ausübung fremder Vermögensrechte. Rostock 1878.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2. Berlin 1899.

Neumann, Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1. Berlin 1900.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1906.

Pernice, Labeo, Römisches Privatrecht im 1. Jahrhundert der Kaiserzeit. Bd. 2 u. 3. 1. Abt. Halle 1892, 1895.

Pfersche, Die Bereicherungsklagen. Wien.

Planitz, Das Wesen des kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts. Leipzig 1906.

v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Bd. 5. Berlin 1841.

Schlegelberger, Das Zurückbehaltungsrecht. Jena 1904.

Sell, Wilhelm, Versuche im Gebiet des Zivilrechts. Teil 1. Gießen 1833.

Sommerbrodt, Beiträge zur Geschichte der Wegnahmerechte im römischen Recht und im deutschen Mittelalter. Diss. Breslau 1905.

Stobbe, Zur Lehre von den Verwendungen auf eine fremde Sache. Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts. 1865.

v. Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 2 u. 3. München 1907.

Stintzing, Wolfgang, Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte. 1. Zur Geschichte der condictio und der actio certae creditae pecuniae. Jena 1901.

Trampedach, Die condictio incerti. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd. 17 1896.

v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. Bd. 3. 7. Aufl. 1876.

Voigt, Über die condictiones ob causam. Leipzig 1862.
Weidemann, Verwendungsbegriff und Verwendungsklage. Diss. Rostock 1900.
Wendt, Die exceptio doli generalis im heutigen Recht. In seinem Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 100. Tübingen 1906.
Wiener, Die Mittel des gutgläubigen Besitzers zur Geltendmachung des Ersatzanspruches wegen Verwendung. Diss. Heidelberg 1906.
Witte, Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts. Halle 1859.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. 1 u. 2. 8. Aufl 1900.
Windscheid, Zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung. Vortrag, gehalten 1878.
Wolff, Martin, Der Bau auf fremdem Boden, besonders der Grenzüberbau. Jena 1900.
Zimmermann, Echte und unechte negotiorum gestio. Gießen 1872.

Corpus iuris civilis: Krüger-Mommsen. 2. Ausg. Berlin 1877.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548214_0053

Einleitung.

§ 1.

Hat der Besitzer einer fremden Sache in der Absicht, diese vor Verderb zu bewahren oder sie anderweitig zu verbessern, Opfer irgendwelcher Art darauf verwendet, so ist es für die rechtliche Beurteilung der Frage: „Können daraus dem Eigentümer der Sache Verpflichtungen erwachsen?“ nicht gleichgültig, ob der Besitzer mit jenen Aufwendungen dem Eigentümer einen Dienst erweisen wollte oder lediglich im eigenen Interesse gehandelt hat.

Das erstere wird in der Regel dann zutreffen, wenn der Besitzer auf Grund eines Kontraktverhältnisses — als Mieter, Pächter, Entleiher, Verwahrer, Beauftragter oder Pfandgläubiger — die Sache von dem Eigentümer empfangen hat, mit der Verpflichtung, sie nach Lösung des Vertragsverhältnisses zurückzugeben. Wenn der Besitzer nun die Rückgabe davon abhängig macht, daß ihm seine Verwendungen ersetzt werden, so entspricht dies durchaus dem Wesen der zweiseitigen Verträge, welche beiden Parteien Rechte wie Lasten zuteilen. Sanktioniert das Gesetz einen solchen Ausgleich beider Kontrahenten, so ist damit ein Rückbehaltungs- und Kompensationsrecht für Verwendungen geschaffen, welches sich bequem in das System der Vertragsklagen als Verteidigungsmittel einfügen läßt.[1])

Schwieriger ist es schon, eine Ausgleichungsmöglichkeit in dem Falle zu finden, wo jemand nur im mutmaßlichen Interesse des Eigentümers auf eine fremde Sache Mühe und Kosten

[1]) Pernice, Labeo Bd. 2 S. 257—259, hält es für möglich, daß bei den römischen obligationis inaequales die actio contraria erst ein späteres Gebilde als die Geltendmachung durch Einrede wäre und anfangs ebenfalls nur defensiv gewirkt habe.

verwendet hat. Aus der moralischen Verpflichtung des Eigentümers, die Auslagen zu erstatten, läßt sich eine rechtliche nicht ohne weiteres herleiten. Es bedarf hier erst einer rechtlichen Deduktion: der rechtsbildende Geist des Volkes — z. B. des römischen — subintellegiert einen Auftrag, wenn nur der Besitzer die Absicht hatte, die Geschäfte des anderen getreulich wahrzunehmen, d. h. es wird ein Vertragsverhältnis fingiert (Quasikontrakt), und aus diesem ergeben sich die gleichen Angriffs- und Verteidigungsmittel wie bei echten Verträgen.

Um auch außerhalb der festen Form des Kontraktes dem Besitzer einen Rechtstitel zu geben, aus dem er Ersatzansprüche für Verwendungen auf eine fremde Sache gegen den Eigentümer erheben kann, dazu muß die Rechtsentwicklung schon verhältnismäßig weit fortgeschritten sein.

Diese Rechtslage ist bei den Verwendungen des sogen. Eigenbesitzers gegeben, und zwar soll im folgenden nur von dem gutgläubigen gesprochen werden: Es hält jemand eine fremde Sache für sein Eigen, schaltet und waltet damit nach Gutdünken, macht nur im eigenen Interesse Aufwendungen darauf.

Meldet sich nun der wahre Eigentümer, was berechtigt jenen dazu, Ersatz der Aufwendungen zu fordern und bei Verweigerung desselben dem Eigentümer das Seine vorzuenthalten?

Soll der Besitzer anderseits leer ausgehen, auch wenn dem Eigentümer die Verwendungen zugute kommen?

Das muß schon der primitive Mensch instinktiv als ungerecht empfinden.

Der Gerechtigkeitssinn der großen Masse des Volkes ist ein starker Impuls der Rechtsbildung; auch bei der Schaffung eines rechtlichen Ausgleichs zwischen Eigentümer und Eigenbesitzer mag dieses psychologische Moment — wenigstens bei der Mehrzahl[1]) der Kulturvölker — ausschlaggebend sein.

Wie dieser Ausgleich durch Rechtsprechung und Gesetzgebung zuwege gebracht worden ist, erst im römischen Recht, dann in Deutschland von der Rezeption an — unter dem Ein-

---

[1]) vgl. Schlegelberger a. a. O. S. 3 (oben).

fluß germanischer Anschauungen —, schließlich durch das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch, das soll in der nachstehenden Arbeit untersucht werden.

Das nun folgende rechtshistorische Entwicklungsbild könnte man in einer graphischen Darstellung skizzieren: Der Schutz des Eigentümers ist in den verschiedenen drei Epochen umgekehrt proportional dem Schutze, welchen die jeweilige Rechtsordnung dem Eigenbesitzer gewährt.

Der letztere befindet sich auf der ansteigenden, jener auf der absteigenden Linie. Das Folgende wird dieses Bild verständlich machen:

In Rom galt konsequent der strenge alte Rechtssatz: „Ubi rem meam reperio, ibi vindico". Da nicht einmal gutgläubiger Erwerb aus dritter Hand zum Eigentume führte, wenn der Dritte nicht selbst schon Eigentümer gewesen, so ist es nur folgerichtig, wenn das römische Recht dem Eigenbesitzer auch jeden selbständigen Anspruch gegen den Eigentümer — auf Grund von Verwendungen — versagt und ihm zu deren Geltendmachung nur ein Defensivmittel gibt, die Einrede gegenüber der Klage aus dem Eigentum.

Das gemeine Recht dagegen hatte in seinem Entwicklungsgang — wohl von dem germanischen Gewerebegriff nicht unerheblich beeinflußt — von vornherein die Neigung, den Eigenbesitzer stärker zu schützen. Und so bildete sich allmählich auch ein selbständig durch Klage geltend zu machender Verwendungsanspruch des Eigenbesitzers aus.

Das Bürgerliche Gesetzbuch stellt schon als Regelfall den Satz auf, daß gutgläubiger Erwerb zum Eigentum führt. Wo aber eine Ausnahme von dieser Regel gemacht ist, gibt es als Äquivalent dem Eigenbesitzer reichlich Mittel an die Hand, seine Verwendungsansprüche gegen den Eigentümer durchzusetzen.

§ 2.

Das ältere römische Recht mit seiner Formenstrenge hat, soviel wir wissen, einen Verwendungsanspruch des bonae fidei possessor nicht gekannt.

Forderte der Eigentümer mit der rei vindicatio seine Sache heraus, so mußte der possessor sie herausgeben, auch wenn er sie rechtmäßig erworben und im guten Glauben seiner Berechtigung Aufwendungen darauf gemacht hatte; er konnte sich höchstens an seinen Gewährsmann halten,[1]) der vindizierende Eigentümer war zu keinerlei Entschädigung verpflichtet.

Die Härten dieser Rechtssätze wurden allerdings durch die Kürze der Ersitzungsfristen gemildert — „usus auctoritas fundi biennium, ceterarum rerum annus esto" —, dagegen wiederum verschärft durch die Folgeerscheinungen des Rechtssatzes: „Inaedificatio et implantatio solo cedit".

Denn was der bonae fidei possessor eines Grundstücks auf den „fundus" insofern verwendet, als er darauf gebaut, gepflanzt, gesät hatte, mußte er ohne Entgelt an den vindizierenden Eigentümer herausgeben, weil Gebäude, Baum, Weinstock und Saat pars fundi geworden und damit automatisch dem dominus soli zugefallen sind (vgl. l. 39 D. 6, 1).

Da solche Fälle täglich vorkommen mochten, war es offenbar im Interesse der Rechtssicherheit — namentlich beim Grundbesitz — ein dringendes Bedürfnis, daß hierin Wandel geschaffen wurde.

Als nun das jus gentium das jus civile zu durchsetzen begann und die Prätoren ein neues Recht aufbauten, da mußten sie auch dem bonae fidei possessor einen Verwendungsanspruch geben.

„Praetor proposuit, ne cui dolus suus per occasionem iuris civilis contra naturalem aequitatem prosit", so kennzeichnet Paulus (l. 1 § 1 D. 44, 4) die Tätigkeit jener Staatsbeamten.

Die „naturalis aequitas", das war der führende Gedanke bei der Schöpfung des jus honorarium und das leitende Motiv, wenn dem durch das jus civile schwächer Geschützten geholfen werden sollte. Der „dolus" des anderen Teils war die Handhabe, seine bisherigen Rechte zu beschneiden.

---

[1]) An den Verkäufer mit der actio auctoritatis auf das Duplum, wenn die Sache durch Mancipatio erworben war; wenn nur durch traditio: mittels actio emti auf das Interesse.

So wurde dem bonae fidei possessor die exceptio doli gewährt, wollte er, mit der rei vindicatio beklagt, seine Verwendungen zur Geltung bringen. — Freilich die Anstellung dieser Klage setzt ja keinerlei dolus auf seiten des Eigentümers voraus, allein seine Weigerung, die Verwendungen zu bezahlen, konnte im Sinne des zitierten Paulus-Fragment ihm als dolus ausgelegt werden. — Proculus (l. 17 § 4 D. 14, 3) drückt es noch deutlicher aus: „nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram".

Der sogen. objektive dolus des Klägers führte dazu, daß dem Beklagten die exceptio doli[1]) gewährt wurde und er auf diese Weise für seine Verwendungen Ersatz zu fordern imstande war.

Indem die Prätoren auf diesem Wege dem Verwendungsanspruch Geltung verschaffen, knüpfen sie an bereits Vorhandenes an, nämlich die rechtlich geschützten Ansprüche aus Verwendungen auf die Dos. — Die Lage des Ehemannes ist ähnlich zu beurteilen wie die des Eigenbesitzers, denn er ist als fiduziarischer Eigentümer des Dotalgutes ebenfalls possessor mit dem animus domini.

Nun hatte schon das zivile Recht dem Ehemann für gewisse Verwendungen, die impensae necessariae, ein materielles Gegenrecht gegenüber der actio rei uxoriae gegeben, das Recht der Retention.[2])

Daraus hatte sich im Laufe der Zeit ein ganzes System gebildet. Unter Zugrundelegung der Dreiteilung, Impensae necessariae, utiles und voluptuariae, stellten die Juristen feste Normen darüber auf, unter welchen Voraussetzungen ein Ersatzanspruch des Ehemannes für begründet galt.[3])

---

[1]) Die sogen. exceptio doli generalis. Pernice nimmt an (a. a. O. Bd. 2, 1 S. 233 ff., speziell S. 251/52), daß die Beschränkung der exceptio auf den subjektiven dolus des Klägers schon von Labeo durchbrochen und von da an rasch zur exceptio dolis generalis ausgebildet worden sei. Ihr Wortlaut in der Formel: „si in ea re nihil dolo malo factum sit neque fiat" (Gajus IV, 19), hätte zu Julians Zeit schon festgestanden.

[2]) vgl. Pernice, Labeo Bd. 2 S. 386.

[3]) Auch dieser Anspruch wurde in der Regel einredeweise gegenüber der actio rei uxoriae geltend gemacht.

Seit Beginn der Kaiserzeit[1]) fanden diese Normen praktische Anwendung.

Und bald wurden sie auch auf andere Fälle von Verwendungen, speziell die des bonae fidei possessor,[2]) angewandt, zwar mit gewissen Modifikationen, aber doch so, daß die für das Dotalrecht festgelegten Begriffe und Klassifizierungen der Impensen unverändert auch für die Verwendungen des Eigenbesitzers Geltung behielten.[3])

Diese Ausdehnung der Impensenlehre des Dotalrechtes war zu Celsus' (l. 38 D. 6, 1) und Julianus' (l. 33 D. 12, 6; l. 37 D. 6, 1) Zeit bereits vollendete Tatsache.

§ 3.

Was verstand nun das klassische Recht unter Verwendungen und in welchem Umfang begründen dieselben einen Ersatzanspruch?

Eine allgemeine Definition geben die Quellen nicht, ja sie haben nicht einmal einen einheitlichen terminus technicus für unseren Begriff „Verwendungen".

Am häufigsten[4]) finden sich die Ausdrücke:

„impensae" (z. B. l. 51 D. 10, 2; l. 33 u. 40 D. 12, 6; de impens. i. r. d. f. D. 25, 1; § 32 Inst. II, 1);

„impendia" (l. 7 D. 9, 2; l. 14 D. 10, 3; l. 27 § 4 D. 17, 1);

„sumptus" (l. 79 D. 5, 1; l. 27 § 5; l. 48 u. 65 D. 6, 1; l. 18 § 3 D. 39, 5).

---

[1]) vgl. Pernice a. a. O. Bd. 2 S. 386/87; vgl. D. 25, 1; Labeo und Fulcinus sind nachweislich die ersten der klassischen Juristen, welche die Verwendungen nach der Skala necessitas, utilitas und voluptas bemessen.

[2]) vgl. Dernburg, Pand Bd. 1 § 227 S. 540 Anm. 5.

[3]) Dies wird wohl allgemein anerkannt; vgl. Pernice, Labeo Bd. 2, 1 S. 368 ff., bes. S. 386 Anm. 3; Bethge a. a. O. S. 12 u. 14 ff.; Sommerbrodt a. a. O. S. 25; v. Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen Bd. 1 S. 159 ff.; v. Koschembahr-Lyskowski a. a. O. S. 101 Anm. 2.

[4]) Ferner gelegentlich die Verbalformen von „Impendo" (l. 21 u. 24 D. 3, 5; l. 38 D. 6, 1; l. 14 § 1; l. 29 D. 10, 3); „Expensae" (l. 39 § 1 D. 4, 4); Meliorationes (c. 3 C. 4, 66; c. 24 C. 2, 18).

Die begriffliche Festlegung dieser Ausdrücke, welche sich im wesentlichen decken, erfolgt auf induktivem Wege: die Juristen erörtern besonders typische Fälle, dadurch entstehen fast von selbst bestimmte Schemata, in deren Rahmen synonyme Fälle der Praxis sich bequem einfügen lassen.

Freilich ist den Verwendungen des Eigenbesitzers ein besonderer Titel des corpus juris nicht gewidmet. Die Erörterungen darüber sind über Institutionen, Digesten und Kodex verstreut. — Die wichtigsten Entscheidungen finden sich in De Hered. Petit V, 3; De rei Vindicat VI, 1; De cond. indeb. XII, 6; De Adquirendo rer. dom. XXXXI, 1.

Subsidiär müssen besonders die im Dotalrecht lib. XXIV u. XXV, 1 festgelegten Prinzipien als maßgebend gelten.[1])

Wenn man ein Fazit daraus zieht, so ist unter dem Begriff „Verwendungen" alles das zu rechnen, was der Besitzer auf Kosten seines Vermögens einer fremden Sache bezw. einem ganzen Vermögenskomplex (Erbschaft) an wirtschaftlichen, also materiellen, oder doch wenigstens an ästhetischen Werten (Impensae voluptuariae) zugeführt hat.[2])

Unter die Verwendungen haben die Römer auch die Fälle gerechnet, wo der Besitzer eines Grundstücks zu dessen Gunsten jure accessionis einen Eigentumsverlust erlitten hat.[3])

Pernice (Labeo Bd. 2, 1 S. 380, 1 u. 390), der zunächst zwischen letzteren einerseits, Inaedificatio und Implantatio anderseits scheiden will, gibt ebenfalls zu, daß die rechtliche Beurteilung und Behandlung in beiden Fällen die gleiche ist. Ja die An-

---

[1]) Pernice a. a. O. S. 386 Anm. 3.

[2]) Außer den Verwendungen, die auf städtische und ländliche Grundstücke gemacht sind (Reparaturen, Bauten, Bestellungskosten, Anlagen aller Art), finden sich folgende typische Impensenfälle: Kosten der Ausbildung eines Sklaven (l. 27 § 5 D. 6, 1; l. 45 i. f. D. 19, 1), Kurkosten für Sklaven (l. 9 (10) D. 3, 5), Prozeßkosten (l. 39 D. 10, 2); cautio damni infecti (l. 1 § 3 D. 25, 1), Auslösung aus dem Pfandnexus (l. 65 D. 6, 1). Nicht gehört zu den Impensen Erstattung des Kaufpreises an den gutgläubigen Erwerber (vgl. l. 45 D. 19, 1).

[3]) So die herrschende Meinung, vgl. Jacobi a. a. O. S. 247; Dernburg, Pand Bd. 1 §§ 208, 227; Sommerbrodt a. a. O. S. 5; vgl. l. 45 § 1 D. 19, 1: „impensam aedificiorum".

sprüche des Besitzers wegen Accession spielen in der Verwendungslehre der Quellen die größte Rolle.[1])

Dagegen werden nicht zu den eigentlichen Impensen die Fälle gezählt, wo jemand eigene Gegenstände mit einer fremden beweglichen Sache verbunden oder vermischt, oder wo er mit dieser eine Spezifikation vorgenommen hat.

Diese Abarten der accessio unterliegen besonderen Gesetzen, und nur gelegentlich (bei Besprechung der actio in factum) sollen letztere als Parallelen zu der Rechtslage bei Inaedification herangezogen werden.

Daß auch die eigene Mühe und Arbeit als ersatzbegründende „Impensa" angesehen wurde, dafür liefern die Quellen kaum einen ausreichenden Beweis. — In einzelnen besonders markanten Fällen mag es wohl vorgekommen sein, daß für persönliche Bemühungen des Besitzers eine Vergütung als berechtigt anerkannt wurde.[2])

Einer Verallgemeinerung widerspricht jedoch m. E. die Tatsache, daß im Zeitalter der Sklavenwirtschaft das moderne „Time is money" für das Erwerbsleben des einzelnen keine allgemeine Geltung hatte.

Überhaupt wird dem Eigenbesitzer nur dann ein Verwendungsanspruch zugebilligt, wenn ein Objekt aus seinem Vermögen ohne entsprechendes Äquivalent dem Eigentümer zugeflossen ist.

Es scheiden daher aus dem Kreis der ersatzbedürftigen Verwendungen die sogen. „Impensae in fructus" von selbst aus.[3])

Denn es ist selbstverständlich, daß der bonae fidei possessor für die Zeit, wo er den Fruchtgenuß hat, auch die Kosten der

---

[1]) vgl. l. 27 § 5; l. 37, 38, 39, 65 D. 6, 1; l. 45 D. 19, 1; l. 33 u. 40 D. 12, 6 l. 14 D. 10, 3; l. 8 pr. u. l. 25 D. 13, 7; l. 31 § 2 D. 24, 1, D. 25, 1; l. 7 § 10—13 D. 41, 1; l. 14 D. 39, 6 u. a. m.

[2]) l. 27 § 5 D. 6, 1: „Si puerum meum erudisses" kann ebensogut bedeuten: „wenn du meinen Sklaven hast unterweisen lassen" (vgl. l. 43 i. f. D 19, 1). Auch könnte es sich hier um einen berufsmäßigen Magister handeln, dem für entgangenen Gewinn Ersatz zugesprochen wird.

[3]) Quellendefinitionen von Imp. in fr. l. 36 § 5 D. 5, 3; l. 10 § 9 D. 17, 1; l. 46 D. 22, 1.

Fruchtgewinnung selber trägt, welche Verpflichtung auch dem Ehemann für die Zeit der Nutznießung an der Dos obliegt.[1])

Wo ihm dagegen eine Pflicht zur Herausgabe der Früchte obliegt — nämlich aller derer, welche zur Zeit der L. C. noch vorhanden, bezw. erst zu gewinnen sind — da darf er von selbst die Aufwendungen um der Früchte willen, die Impensae in fructus, soweit dieselben erforderlich waren — „deductis necessariis impensis" (l. 6 i. f. D. 7, 7) —, von dem Herauszugebenden abziehen (vgl. l. 36 D. 5, 3; l. 51 pr. D. 10, 2; l. 10 § 9 D. 17, 1).

Unter „fructus" verstehen die Quellen überhaupt nur den Reingewinn: „Fructus intelleguntur deductis impensis, quae quarendorum cogendorum conservandorumque eorum gratia fiunt" sagt Paulus in l. 36 i. f. D. 5, 3 und nur dieser Reingewinn sei herausgabepflichtig (vgl. l. 7 pr. D. 24, 3).

Freilich wird den Impensae in fructus ein nicht geringer Umfang eingeräumt, wie besonders l. 3 § 1 u. l. 16 D. 25, 1 beweisen, indem man die dort gewonnenen Begriffe wohl allgemein auf die Impensenlehre anwenden darf.[2])

Danach sind nicht bloß die eigentlichen Bestellungskosten — „non solum ad percipiendos fructus" —, sondern auch die laufenden Unterhaltungskosten — „ad conservandam ipsam rem . . . necessariae" — also die periodisch wiederkehrenden Ausgaben[3]) vom Bruttoertrag abzusetzen, vorausgesetzt, daß sie vom Standpunkt der Wirtschaftlichkeit aus zu billigen sind („Quod justis sumptibus deductis superest" [c. 1 C. 7, 51]). Auch

---

[1]) vgl. l. 7 § 16 D. 24, 3; l. 3 § 1 u. l. 16 D. 25, 1; c. un. § 4 C. 6, 51. Ihm verbleiben die Früchte, welche bis zur L. C. umgesetzt sind (§ 2 i. f. Inst. IV, 17). Da der Gewinn für diese Periode also regelmäßig in seine Tasche fließt, so kann er bei einer zufälligen Mißernte, d. h. bei einer Unterbilanz, nicht etwa Ersatz für die Imp. i. fr. vom Eigentümer verlangen. — Wenn trotzdem in l. 37 D. 5, 3 von Ulpian ein solcher Ersatzanspruch für den Ausfall gewährt wird, so bezieht sich das nur auf den Hereditatis possessor. Denn dieser hat die Erbschaft cum omni eventu herauszugeben und soll deshalb ein gewisses Äquivalent erhalten, aus besonderen Billigkeitserwägungen („aequissimum erit"). Vgl. Bethke S. 24 und die dort Anm. 2 Angeführten.

[2]) Pernice a. a. O. S. 386.

[3]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 227 S. 541.

die Tragung der regelmäßigen Lasten (Steuern usw.) wird demgemäß den Imp. i. fr. zugerechnet.[1])

Im Gegensatz zu diesen stehen die außerordentlichen, nicht periodischen Verwendungen. Sie sind die materiell größeren, „ad perpetuam utilitatem agri facti" (sumptus) (l. 3 u. 15 D. 25, 1), welche „als auf den Stammwert der Sache gelegt anzusehen sind" (BGB. § 995 i. f.), die „Kapitalverwendungen", wie sie Petrazycki nennt.[2])

Während bei den Impensae in fructus ein gerechter Ausgleich zwischen dem Interesse des Eigenbesitzers und des Eigentümers sich automatisch[3]) vollzieht, muß ein solcher bei dem Impensae in rem erst durch die Rechtsprechung herbeigeführt werden.

Dabei tritt das Prinzip in den Vordergrund, den Eigentümer möglichst zu schonen, so weit es die Billigkeit mit Rücksicht auf den Verwendenden gestattet.

Allerdings der wahre Erbe hat dem possessor hereditatis alle Verwendung zu ersetzen, wenigstens in der vierten Periode (l. 38 u. 39 D. 5, 3).[4]) Aber dafür ist letzterem auch eine besonders drückende, durch das S. C. Juventianum[5]) bereits gemilderte Haftung aufgebürdet. Der größere Umfang des Impensenersatzes — gleichsam eine Ergänzung des S. C. Juventianum — erscheint also gerechtfertigt (vgl. Pernice a. a. O. S. 388).

---

[1]) vgl. Bethke S. 14 a. a. O. und die dort angeführten Quellenzitate.

[2]) v. Petrazycki, Die Lehre vom Einkommen Bd. 1. Die Imp. i. fr. nennt er im Gegensatz dazu „Einkommenverwendungen", sehr bezeichnend, denn die laufenden Ausgaben einer ordentlichen Wirtschaft pflegen aus den laufenden Einnahmen gedeckt zu werden.

[3]) vgl. v. Petrazycki a. a. O. S. 147; Pernice, Labeo Bd. 2 S. 253 u. 386. Der Anspruch des Klägers wegen der Früchte ist sofort um den Betrag der Imp. i. fr. gemindert, der Beklagte bedarf daher nicht der exceptio doli mali, selbst der praedo hat dieses Abzugsrecht (vgl. l. 36 § 5 D. 5, 3; l. 51 D. 10, 2); vgl. Bethke a. a. O. S. 24.

[4]) Die zitierten Fragmente sind von Gajus bezw. Paulus; vgl. auch Dernburg a. a. O. § 227 S. 540 Anm. 4.

[5]) „Consuluit senatus bonae fidei possessoribus, ne in totum damno afficiantur, sed in id dumtaxat, in quo locupletiores facti sunt" (Ulpian l. 25 § 11 D. 5, 3; vgl. auch l. 17 i. f., l. 20 § 6c eod.).

Der vindizierende Eigentümer dagegen hat die vom Beklagten geltend gemachten Verwendungen nur unter bestimmten Voraussetzungen und in beschränktem Umfang zu ersetzen.

Wenn auch der Possessor den Reingewinn aus der Nutznießung des fremden Eigentums, die „fructus ante litem contestatam consumpti" behalten darf, so muß er sich doch gefallen lassen, daß gegen seinen Verwendungsanspruch der Kläger diesen Reinertrag zur Aufrechnung bringt.[1])

Abgesehen von dieser Minderung a priori — welche natürlich einen Gewinn des Besitzers aus dem Fruchtgenuß vor der L. C. zur notwendigen Voraussetzung hat — darf der Possessor nur dann im vollen Umfang Ersatz seiner tatsächlichen Aufwendungen beanspruchen, wenn eine derartige, dem Eigentümer zugemutete Belastung für diesen aufgewogen wird durch einen gleichgroßen Nutzen, sei es, daß er als positiver Wert zur Zeit der L. C. noch im Vermögen des Klägers vorhanden ist, oder daß er als Ersparnis einer entsprechenden unumgänglichen Ausgabe auf dessen Konto figuriert.

Der Aufwand des Besitzers und der Gewinn des Eigentümers werden sich stets dann ausbalanzieren, wenn der „sumptus" als „necessarius" bezeichnet werden kann; daher schreiben die Quellen für diese Kategorie der Verwendung vollen Ersatz vor.[2])

Um aber beurteilen zu können, inwieweit die Impensae tatsächlich necessariae waren, muß geprüft werden, ob sie den

---

[1]) l. 48 D. 6, 1: „admissa compensatione (sc. fructuum) superfluum sumptum restituere cogitur"; l. 65 D. 6, 1: „compensari sumptuum in praedium factorum exemplo"; und zwar gilt dies sowohl gegenüber imp. utiles wie gegenüber imp. necessariae, nach der herrschenden Meinung; vgl. Bethke S. 27 und die dort (Anm. 1) Angeführten.

[2]) Als selbstverständlich allgemein anerkannt, da später selbst der malae fidei possessor (c. 5 C. 3, 32 u. l. 38 D. 5, 3) Ersatz der notwendigen Verwendungen zugebilligt erhielt, ausgenommen der „fur" (l. 13 D. 13, 1). Die Gewährung des vollen Ersatzes ist nur die Modifikation des alten Rechtssatzes: „Ipso jure dos deminuetur per impensas neccessarias" (l. 5 pr. D. 25, 1). Ausgeschlossen sind natürlich nach obigem die erforderlichen laufenden Kosten eines normalen Wirtschaftsbetriebes (imp. in fructus).

Erfordernissen einer ordentlichen Bewirtschaftung der betreffenden Sache genügen. Denn diese Gruppe der Impensen umfaßt nicht bloß das, was zur Erhaltung der Sache unentbehrlich ist, wie die gemeinrechtliche Doktrin allgemein angenommen hat.[1])

Allerdings hat sie sich zu dieser engherzigen Auslegung durch die Definitionen der Quellen verleiten lassen.[2])

Aber neuere Schriftsteller[3]) haben mit Recht darauf hingewiesen, daß für die Römer die Necessitas impendendi so weit ging, die Sache auf der Höhe ihres wirtschaftlichen Zweckes zu erhalten.

Dafür sprechen viele in den Quellen angeführte Beispiele (l. 21 (22) D. 3, 5; l. 39 u. 50 D. 5, 3; l. 65 D. 6, 1; l. 39 pr. D. 10, 2; l. 5 § 1; l. 3 u. 5 D. 25, 1; l. 58 D. 30).

Die Römer sind bekannt als gute Volkswirte: sie rechnen zu den Impensae necessariae auch solche Ausgaben, die durch Neubauten und Meliorationen des Grundstücks bedingt sind, soweit dieselben erforderlich waren, den Ansprüchen einer mustergültigen Wirtschaft Genüge zu tragen und einem Sinken der Erträge auch für die Zukunft vorzubeugen.[4])

Anderseits berechtigten Aufwendungen zur Erhaltung entwerteter oder überflüssiger Dinge keineswegs zu einer Ersatzforderung (vgl. l. 9 (10) D. 3, 5). Insofern kommt also auch ein subjektives Moment in Betracht, d. h. die Verwendungen dürfen den Erwerbszwecken des Eigentümers nicht zuwiderlaufen und

---

[1]) vgl. Dernburg a. a. O. § 227 S. 540 Anm. 6; Bethke S. 16ff.

[2]) Ulpian l. 1 § 1 D. 25, 1: „qui habent in se necessitatem impendendi"; Paulus l. 79 § 1 D. 50, 16: „Quae si facta non sint, res aut peritura aut deterior futura".

[3]) Dernburg a. a. O. S. 540 Anm. 6; v. Petrazycki a. a. O. S. 150ff., 291; Bethke S. 16ff.

[4]) vgl. l. 7 § 16 D. 24, 3: „Plane si novam villam necessario exstruxit vel veterem totam sine culpa sua conlapsam restituerit"; l. 1 § 3 D. 25, 1: „Inter necessarias impensas esse Labeo ait moles in mare vel flumen proiectas. Sed et si pistrinum vel horreum necessario factum sit, in necessariis impensis habendum ait" usf.; vgl. auch l. 14 eodem: „aggeres facere; flumina avertere".

müssen in einem gewissen Einklang mit seinen wirtschaftlichen Kräften stehen.[1])

Nur wenn man diese Einschränkung macht, ist der vollgültige Ersatz, der für Impensae necessariae zu leisten ist, erschöpfend begründet: auch der Eigentümer hätte nämlich die gleichen Aufwendungen als guter Wirt vornehmen müssen, eine entsprechende Ausgabe von gleicher Höhe wäre ihm nicht erspart geblieben.

Gerade diese letzte Erwägung gibt auch den Schlüssel zu einer weiteren Bestimmung des römischen Rechts: Auch wenn wenn nachträglich, durch casus, Untergang der Sache eintritt, sind dem beklagten Besitzer die darauf gemachten notwendigen Impensen zu ersetzen.[2]) Auch der Eigentümer hätte ja das Unglück nicht abwenden können, wäre er damals schon der Besitzer gewesen.

Wo aber die Verwendungen des Eigenbesitzers außerhalb des vorbezeichneten Rahmens stehen, wo sie also nicht unter die Imp. necessariae zu rechnen sind, berechtigen sie nur zu einem beschränkten, unter Umständen auch zu gar keinem Ersatz. Ersteres ist der Fall, wenn der Eigentümer zur Zeit der L. C. dank den Verwendungen eine Steigerung seines Einkommens oder eine Werterhöhung seines Vermögens zu verzeichnen hat.

Die Quellen sprechen dann von Impensae utiles.[3]) Für diese hat der Eigentümer Ersatz zu leisten — vorausgesetzt, daß sein Vermögen zur Zeit der L. C. noch einen Zuwachs zu verzeichnen hat, welcher in direktem Kausalzusammenhang mit den Verwendungen steht —, und zwar nur in Höhe dieses Zuwachses bis zu dem Betrage der tatsächlich aufgewendeten

---

[1]) c. 1 C. 8, 51: „Qua in alendo eo vel forte ad discendum artificium juste consumpta fuerint".

[2]) l. 8 pr. D. 13, 7: Insulam fulsisse et refecisse et postea deustam esse; vgl. auch l. 4 D. 25, 1 u. l. 9 (10) § 1 D. 3, 5.

[3]) Quellendefinitionen l. 5 i. f. D. 25, 1; l. 79 § 1 D. 50, 16; v. Petrazycki a. a. O. S. 298: „Die einmaligen Kosten der erfolgreichen Erweiterung der Wirtschaft über die bestehenden Grenzen" (l. 6 D. 25, 1); Dernburg a. a. O. S. 540: „Die Steigerung des Einkommens und Erhöhung des Verkaufswertes" (l. 10 D. 25, 1); Bethke a. a. O. S. 18—20.

Kosten (als oberste Grenze). Der etwa überschießende Nutzen kommt ihm selbst zugute (l. 38 u. 48 D. 6, 1). (Auch l. 7 § 12 D. 41, 1: für Neubau eines Hauses wird lediglich Ersatz der Löhne und Materialkosten beansprucht.)

Nicht selten wird sich die Höhe der Wertsteigerung und damit der Ersatzleistung nach objektivem Ermessen leicht feststellen lassen, z. B. wenn für ein Landgut eine neue Viehherde angeschafft ist (l. 14 D. 25, 1): der Anschaffungspreis, vorausgesetzt, daß er den Marktpreis zur Zeit der L. C. nicht übersteigt, oder wenn es sich um zum Verkauf bestimmte Waren handelt (l. 10 D. 25, 1), oder wenn der Eigentümer sowieso die Sache verkaufen wollte (l. 38 i. f. D. 6, 1): die Steigerung des Kaufpreises.

In diesen Fällen deckt sich der Tauschwert der durch die Impensen verbesserten Gegenstände mit dem Gebrauchswert, welchen sie nach der Veränderung noch für den Eigentümer haben.

Wenn sich dagegen Tauschwert und Gebrauchswert, objektiver Nutzen der Verwendungen und subjektiver Nutzen des Eigentümers aus denselben, nicht decken, dann erleidet die obige Berechnung des Ersatzumfanges eine erhebliche Einschränkung.

Wenn auch die Gegenstände, welche der Besitzer etwa durch Inaedificatio mit dem fremden Grundstück verbunden hat, an sich einen meßbaren Wert besitzen, so kann doch der Gebrauchswert des neuen Bauwerks für den Eigentümer gleich Null, ja den Zwecken seiner Wirtschaft geradezu schädlich sein.[1])

Und in diesem Gegensatz zwischen dem objektiven Wert der Verwendungen — der sich häufig mit den tatsächlich aufgewendeten Kosten decken wird — und ihrem subjektiven Gebrauchswert (sc. für den Eigentümer) liegt im Grunde der einzige greifbare Unterschied, welchen die Quellen zwischen Impensae utiles einerseits, Impensae non utiles, einschließlich Impensae voluptuariae, andererseits machen.[2])

---

[1]) z. B. ein horreum et pistrinum (l. 79 § 1 D. 50, 16) im Park eines Landhauses, umgekehrt eine nova villa mitten auf einem Acker.

[2]) Wenn Pernice a. a. O S. 386 sagt, daß die Einteilung der Im-

Die Quellendefinitionen für letztere: Paulus l. 79 § 1 D. 50, 16: „Quae speciem dumtaxant ornant, non etiam fructum augent", ferner Ulpian l. 7 D. 25, 1, umfassen nur einen Teil dieser Gattung von Verwendungen, wo das Moment des Luxus und der Unproduktivität am sinnfälligsten zutage tritt (vgl. l. 79 § 2 D. 50, 16; l. 14 § 2 D. 25, 1; l. 39 i. f. D. 5, 3 „supervacuas" u. a). Hier wird man die Versagung des Ersatzes zur Not damit begründen können, daß diese Dinge an sich nutzlos sind, bloß einen Liebhaberwert haben.

Aber meistens werden solche Gegenstände — wie Marmorspringbrunnen, Gemälde, Mosaike usw. — doch immer noch einen Verkaufswert haben, können sogar leicht erhebliche Liebhaberpreise erzielen.

Nein, der Ersatz wird darum versagt, und dies ist das Ausschlaggebende, weil im konkreten Fall die Verwendung für den Eigentümer innerhalb seiner Wirtschaft keinen Gebrauchswert hat, seinen Zwecken nicht direkt förderlich, seinen Verhältnissen nicht angemessen ist.

Dieselbe Verwendung auf dieselbe Sache kann einem anderen Eigentümer, der in anderer sozialer und finanzieller Lage oder in einem anderen Beruf ist, sehr wohl von Nutzen sein.

Der subjektive Nutzen entscheidet.

So erlassen die Quellen dem Eigentümer den Ersatz — trotzdem ein objektiver Wertzuwachs festgestellt ist —, wenn er aus Armut ihn nur schwer leisten könnte oder den Gegenstand der Verwendung verkaufen müßte, um aus dem Erlös die Ersatzsumme zu bestreiten.[1])

---

pensen nach objektiven Merkmalen vorgenommen werden mußte (necessitas, utilitas, voluptas), so bezieht sich dies auf die Impensenlehre des Dotalrechts. Dies geht aus der von Pernice gegebenen Begründung hervor: „Denn der Ehemann wußte natürlich immer, daß er nur fiduziarischer Eigentümer der Dotalsachen war". Der Eigenbesitzer dagegen handelt nur im eigenen Interesse, welches dem des Eigentümers häufig widersprechen muß. Daher können jene objektiven Merkmale hier nicht mehr uneingeschränkte Geltung haben, wenn sie auch zweckmäßig noch als Grundlage dienen.

[1]) l. 38 D. 6, 1: „finge pauperem, qui si reddere id cogatur, . . ." — l. 27 § 5 eodem: „sed si puerum meum, cum possideres, erudisses, non idem observandum Proculus existimat, quia neque cavere servo meo debeam . . .".

Auch das sogen. jus tollendi spricht für das Vorherrschen jenes Prinzips.

In solchen Fällen nämlich, wo für eine Verwendung dem Besitzer kein Ersatz gewährt wird, weil die Impensae für den Eigentümer keinen Nutzen haben oder von ihm nicht bezahlt werden können, wird dem Besitzer — als eine Art von Äquivalent für die Versagung eines Ersatzanspruches, bezw. für den Verlust des Eigentums an dem eingebauten Material — von dem Richter die Befugnis zugesprochen, den Gegenstand, welchen er mit der fremden Hauptsache verbunden hatte, wieder abzutrennen[1]) und sich wieder anzueignen. Obwohl durch die Abtrennung Kosten erwachsen, obwohl der Besitzer das Risiko übernimmt, für Beschädigungen des fremden Eigentums haftbar gemacht zu werden,[2]) muß der zu trennende Bestandteil nach der Loslösung immer noch einen objektiven Wert haben, sonst könnte man von keiner Vergünstigung des Besitzers reden, ja dann wäre das jus tollendi in der Regel überhaupt sinnlos.

Und es wird doch wohl der objektive Wert, z. B. eines Hauses, stets größer sein als nach seinem Abbruch der Wert der einzelnen Materialien, abzüglich der dabei entstandenen Kosten.

Das ist auch schon in den Quellen anerkannt, denn sonst könnte Celsus (l. 38 D. 6, 1) nicht sagen: „Si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas“ (Lösungsrecht, vgl. § 997 BGB. gegen Ende).

---

[1]) vgl. l. 39 § 1 D. 5, 3; l. 27 § 5; l. 37 u. 38 D. 6, 1; l. 3 § 4 D. 15, 3; l. 19 § 4 D. 19, 2; l. 9 D. 25, 1; c. 5 C. 3, 32; c. un. § 5 C. 5, 13. Das Abtrennungsrecht kann auch an Stelle Ersatzes nützlicher Verwendungen mit Einverständnis des Grundeigentümers treten (l. 27 § 5; l. 38 D. 6, 1). Aber bei schikanöser Ausübung wird es versagt: „neque malitiis indulgendum est“ l. 38 cit.). — Vieles spricht für die Annahme, daß dieses jus tollendi erst der letzten Periode angehört und erst von den Kompilatoren in die Fragmente der klassischen Juristen interpoliert worden ist (vgl. bes. Sommerbrodt a. a. O. S. 12ff.).

[2]) l. 38 cit.: „dum ita ne deterior sit fundus“; l. 37 eodem: „sine dispendio domini areae“.

Ob eine Verwendung ersatzbedürftig ist, wird in letzter Linie immer nach dem konkreten Fall zu entscheiden sein.

Die Quellen erwähnen Fälle, wo scheinbare impensae voluptuariae dadurch zu Imp. utiles werden, daß ihre Objekte dem Eigentümer verkäuflich sind und dadurch einen höheren Verkaufswert erhalten haben; l. 10 D. 25, 1: „quod si hae res, in quibus impensae factae sunt, promercales fuerint, tales impensae non voluptuariae, sed utiles sunt“ (vgl. auch l. 38 i. f. D. 6, 1 und l. 29 eodem „nisi si venalem habeo“).

Ein und dieselbe Verwendung, z. B. die Errichtung eines Gebäudes auf einem Grundstück, kann als Impensa voluptuaria (l. 14 § 2 D. 25, 1: „balinea exstruere“) wie auch als Impensa utilis (l. 6 D. 25, 1: „veluti si novelletum in fundo factum sit, aut si in domo pistrinum aut tabernam adieceret“; l. 79 § 1 D. 50, 10: „pistrinum vel horreum“) gelten, ja selbst als Impensa necessaria („si novam villam necessario exstruxit“, l. 7 i. f. D. 24, 3; ferner l. 1 § 3 D. 25, 1: „pistrinum vel horreum necessario factum“), je nachdem ein solcher Bau durch die Bedürfnisse einer ordnungsmäßigen Wirtschaft geboten ist oder nicht, oder ob er sogar im konkreten Falle als unwirtschaftlich erscheint.

§ 4.

Die Erkenntnis, daß die Berechtigung eines Verwendungsersatzanspruches quaestio facti sei, weil dabei im allgemeinen nur mit relativen, nicht mit absoluten Faktoren gerechnet werden könne,[1]) scheint auch von Einfluß auf die Ausbildung des Verfahrens gewesen zu sein, in welchem der Eigenbesitzer seine Ansprüche aus Imp. geltend machen konnte.

---

[1]) vgl. bes. die berühmte Celsusentsch. l. 38 D. 6, 1: „Bonus judex varie ex personis causisque constituet“; Papin. l. 48 D. 6, 1: „exceptione doli posita per officum judicis aequitatis ratione servantur“; l. 58 D. 30: „viri boni arbitratu“; l. 9 (10) § 1 D. 3, 5: „quid enim, si eam insulam fulsit, quam dominus quasi impar sumptui dereliquerit vel quam sibi necessariam non putavit?“ — Im letzten Falle wird sogar dem negotiorum gestor der Ersatz der Impensen versagt, obwohl doch sonst schon das „negotium utiliter coeptum“ zum Ersatz berechtigt.

Wollten die Juristen aus prozessualen Rücksichten vermeiden, diese fluktuierenden, dem Umfang nach so schwer zu bestimmenden Ersatzansprüche in das enge Gefäß einer Klageformel zu gießen? — Wie dem auch sei, das römische Recht kennt nur ein Mittel, Verwendungsansprüche des Eigenbesitzers durchzusetzen, die Defensive, und seine Waffe ist die bereits erwähnte exceptio doli generalis.

Wenn auch gelegentlich bei Impensenansprüchen von „retinere" und „retentio"[1]) gesprochen wird, so beweist doch jener andere Ausdruck der Quellen: „per exceptionem doli mali retinere",[2]) daß es sich um kein selbständiges Abzugsrecht handelt, wie es der Ehemann gegenüber der dos für Imp. necessariae oder der zur Herausgabe von Früchten Verpflichtete für Imp. in fructus handhaben darf.[3])

Wenn die Quellen das „Retinere" so nachdrücklich betonen und so häufig wiederholen, so meinen sie das tatsächliche Festhalten der fremden Sache durch den b. f. possessor.[3])

Der Grund ist darin zu suchen, daß bei freiwilliger[4]) Herausgabe an den Eigentümer es sich für diesen von selbst erübrigt, die rei vindicatio gegen den Besitzer anzustellen. Damit fällt natürlich auch die exceptio doli, und so sind „Exceptio" und „Retentio" unauflöslich miteinander verknüpft, soweit sie für Impensenanspruch in Betracht kommen.

Welchen Gang nun das Verfahren nahm, wenn der Eigenbesitzer gegenüber der rei vindicatio oder der gutgläubige Erbschaftsbesitzer gegenüber der Hereditatis petitio seine Ver-

---

[1]) vgl. l. 26 § 4; l. 33 u. 51 D. 12, 6; l. 8 § 1 D. 13, 7.

[2]) vgl. l. 14 § 1 D. 10, 3; l. 16 pr. D. 35, 2; Julian l. 19 i. f. D. 24, 1.

[3]) vgl. Schlegelberger a. a. O. S. 3 u. 8; Pernice a. a. O. Bd. 2 S. 253 (auch Luden bei Schlegelberger a. a. O.); vgl. über die Beziehungen des Retentionsrechts zur Exceptio doli und das Wesen des ersteren im allgemeinen Schlegelberger S. 6ff. und die dort angegebene Literatur.

[4]) Bei unfreiwilligem Verlust ist der gutgläubige Eigenbesitzer in der Lage, im Possessorium, selbst dem Eigentümer gegenüber, den Besitz wiederzuerlangen, denn als juristischer Besitzer genießt er den vollen Schutz der Interdikte.

wendungsansprüche einredeweise geltend machen wollte, ist uns nicht deutlich genug überliefert.

Konnte schon der Prätor die Entscheidung treffen, oder war dies dem Urteil des Judex vorbehalten, und hatte dieser die Verwendungen nur dann zu berücksichtigen, wenn die exceptio doli in die Formel aufgenommen war, oder durfte er auch sonst infolge eigener Amtsbefugnis („officio judicis") die Impensen berücksichtigen?

Diese komplizierten und äußerst strittigen Fragen können im Rahmen dieser Arbeit nur gestreift werden, wobei vornehmlich auf die Ausführungen Pernices (Labeo Bd. 2, 1 S. 153 ff., spez. S. 284—290) Bezug genommen wird.

Bei der Hereditatis petitio (S. 284 a. a. O.) ist es wohl sicher, daß schon der Prätor — in der extraordinaria cognitio — den Ersatz der Verwendungen erzwingen konnte, indem er dem Kläger Kautionen auferlegte,[1]) und ihn dadurch zum Ersatz der Verwendungen drängte, natürlich gegen Herausgabe der Erbschaft „cum omni eventu" (Bereicherung).

Die Höhe des Ersatzes festzustellen, konnte bei den für den Hereditatis possessor geltenden Sonderbestimmungen (vgl. oben S. 10) besondere Schwierigkeiten nicht machen.

Bei solchen Verwendungen dagegen, welche gegenüber der rei vindicatio zur Geltung gebracht wurden — also in den quantitativ und qualitativ überwiegenden Fällen —, mußte in der Regel, bei der Schwierigkeit, den Umfang des Verwendungsanspruchs zu fixieren, die Entscheidung dem Richter überlassen werden, nachdem der Prätor lediglich die exceptio doli in die Formel aufgenommen hatte.

Freilich, schon durch die bloße Androhung, die exceptio doli in die Formula aufzunehmen, konnte bereits der Prätor[2])

---

[1]) Als Analoga führt Pernice an l. 47 § 3 D. 40, 5: „non aliter fideicommissario tradi debet, quam ut caveatur . . ."; übereinstimmend l. 40 § 1 D. 40, 4; l. 37 i. f. D. 36, 1; vgl. auch l. 7 D. 36, 1; desgl. Kautionen zur Sicherung der Quarta Falcidia (l. 3 § 10 D. 35, 3; l. 31 D. 35, 2).

[2]) vgl. l. 21 i. f. D. 12, 1 (Julianus): „Sed in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit, ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere".

auf den Kläger einen Druck ausüben, damit er die Verwendungskosten freiwillig erstattete.

Im übrigen mochte eine Entscheidung „in jure“ höchstens dann durchführbar sein, wenn sich Art und Höhe des Gegenanspruchs von vornherein klar erkennen ließ. — Konnte schon vom rechtlichen Standpunkt aus der Prätor den Beweis nicht vorwegnehmen, ohne den Richter an sein Praejudicium zu binden,[1]) — auch aus praktischen Gründen war dies fast unmöglich.

Nur eine gründliche Beweisaufnahme konnte — jedenfalls in der Mehrzahl der Fälle — darüber Klarheit erbringen, ob eine Verwendung notwendig gewesen im Interesse der Wirtschaft oder nicht, ob die ganze Lage des klagenden Eigentümers eine derartige war, daß er überhaupt einen Nutzen aus diesen Verwendungen hatte und einen entsprechenden Ersatz zahlen konnte, ferner ob der Besitzer einen solchen Gewinn aus den Früchten gezogen hatte, daß der Eigentümer befugt war, einen gleichen Betrag zur Aufrechnung zu stellen, schließlich ob als letzter Ausweg dem possessor ein Wiederaneignungsrecht an den Gegenständen zugebilligt werden konnte, welcher er mit der fremden Hauptsache verbunden hatte (d. h. ein jus tollendi).

Demnach muß in der großen Masse der Fälle erst „in judicio“ der Ausgleich zwischen Eigenbesitzer und Eigentümer herbeigeführt worden sein, wenn letzterer sich weigerte, die Ersatzforderung des possessor anzuerkennen.

„In rem petitam, si possessor ante litem contestatam sumptus fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, (sc. a judice) si perseveret actor petere rem suam **non** redditis sumptibus“ (Paulus l. 27 § 5 D. 6, 1).

In welcher Weise hat nun der Richter dieses „Rationem habere sumptuum“ zu bewerkstelligen?

Wenn er durch Aufnahme der exceptio doli in die Formel wohl auch in der Tat ermächtigt wurde, den klagenden Eigentümer event. gänzlich mit seiner Klage abzuweisen,[2]) so muß

[1]) Pernice a. a. O. S. 283.

[2]) Schon die technische Bezeichnung „doli mali exceptione summovere“ (z. B. Julian l. 14 D. 39, 6) spricht für diese Wirkung (vgl.

dies doch in der Praxis der klassischen Zeit infrequent gewesen sein.[1]) — Zu einer solchen Wirkung war der Gegenanspruch aus Verwendungen doch nicht bedeutend genug, vielmehr kam er gegenüber dem Anspruch aus Eigentum, dem vornehmsten im System des römischen Rechts, erst in zweiter Linie in Betracht.

Bis zur Pronuntiatio war der judex allerdings streng an die formula, also auch an die darin enthaltene exceptio, gebunden.[1]) (Natürlich ist hier nur von der rei vindicatio die Rede.) In dem nach dem Zwischenbescheid zu erlassenden Arbitratus hatte er dagegen freie Hand (Pernice a. a. O. S. 288).

Durch diesen Arbitratus konnte also der Richter nach den Grundsätzen der Aequitas über den Ersatz der Impensen entscheiden. Er sprach zwar das Eigentum an der Res litigiosa dem Kläger zu, aber wenn dieser sich weigerte, freiwillig dem Beklagten für die Verwendungen Ersatz zu leisten, dann hatte der Richter eine bequeme Handhabe,[2]) ihn dazu zu zwingen: Er veranlaßte den Possessor — gleichsam als läge eine Unmöglichkeit der Leistung vor (vgl. l. 68 D. 6, 1) —, die Herausgabe des Streitgegenstandes zu verweigern,[3]) ließ Kläger als einen „contumax" nicht zum Würderungseide und bemaß — da ja nun die Verurteilung zu einer Geldsumme erfolgen mußte — die Urteilssumme nur so hoch, wie der Wert des Streitgegenstandes nach Abzug der ersatzbedürftigen Impensen noch zu veranschlagen war.

Selbst wenn man also mit Pernice[4]) der exceptio doli des klassischen Rechtes klageabweisende Wirkung beimißt, so

---

Pernice, Labeo Bd. 2 S. 286ff. und die S. 286 Anm. 1 angeführten Stellen, speziell l. 11 D. 9, 4; l. 23 D. 6, 1; l. 7 § 12 D. 41, 1; l. 4 § 9 D. 44, 4; §§ 30 und 34 J. II, 1; c. 16 C. III, 32).

[1]) In der Zeit nach Gajus schwächt sich die Wirkung der exceptio noch mehr ab; vgl. Paulus l. 22 D. 44, 1: „exceptio est condicio, quae modo eximit reum damnatione modo minuit damnationem".

[2]) Pernice a. a. O. S. 288 u. 289.

[3]) Auch hier ist also das „Retinere" als tatsächliches Festhalten gedacht.

[4]) Pernice a. a. O. S. 261, 262, 266ff., 282ff. und die dort Angeführten, spez. Gajus IV, 19.

ermöglichte doch der Arbitratus im Verein mit der Exceptio, nicht im Widerspruch zu ihr, daß ohne Abweisung des Klägers den Gegenansprüchen des Beklagten Rechnung getragen wurde.

Nur in diesem Sinne können die folgenden Quellenzitate gedeutet werden: „Non aliter officio judicis aestimationem haberi posse, nisi ... si ante denuntiatum sit actori et eo dissimulante posita sit doli mali exceptio“ (l. 28 u. 30 D. 6, 1). — „Emptor praedium, quod a non domino emit, exceptione doli posita non aliter restituere cogatur, quam si pecuniam ... solutam ... reciperaverit“ (l. 65 D. 6, 1).

Dies ist so zu verstehen, daß dem Beklagten in dem Arbitratus des Richters zum Ersatz zu verhelfen ist, obwohl die pronuntiatio („Restituas!“) für den Kläger günstig ausgefallen ist. Ebenso ist wohl in l. 38 i. f. D. 6, 1 die Erledigung der pronuntiatio vorausgesetzt;[1]) erst durch den Arbitratus wird festgesetzt: „nisi reddit, ... eo deducto tu contemnandus es“.

Aber selbst wenn die exceptio doli nicht in die Formel aufgenommen war, hatte der Richter offenbar die Befugnis, die Verwendungsansprüche des Beklagten in dem arbitratus zu berücksichtigen. Konnte es doch sehr leicht vorkommen, daß der Prätor die exceptio verweigerte, weil die Aufwendungen als überflüssig und unnütz erschienen, während „in judicio“ ihre Ersatzbedürftigkeit erwiesen wurde. So heißt es in l. 38 D. 5, 3: „et id ipsum (rationem habere impensarum) officio judicis continebitur, nam nec exceptio doli desideratur“.[2])

Soviel ist also klar: dem Richter fiel bei den Impensenansprüchen des beklagten Eigenbesitzers die Hauptentscheidung zu.

In einer Weise, die wirtschaftliche Härten für Kläger und

---

[1]) vgl. Pernice a. a. O. S. 294. Diese Deutung läßt also nicht zu, daß die zit. Stelle als Beweis für die urteilsmindernde Kraft der exceptio schon in der klassischen Periode (Celsus) in Anspruch genommen wird, selbst wenn man Eisele und Pernice (vgl. Bethke a. a. O. S. 39/40) nicht darin beitreten will, daß diese Stelle in die l. 38 interpoliert ist.

[2]) Analog in l. 11 D. 9, 4 (Ulpian): „doli exceptione summovebitur vel officio judicis consequentur, ut ...“ Ferner l. 38 D. 6, 1: „Bonus judex varie ex personis causisque constituet“; desgl. l. 58 D. 30. Vgl. auch l. 58 D. 5, 3: „Respondi, etsi non exciperetur, satis per officium iudicis consuli“, und l. 13 D. 6, 1; vgl. auch Pernice S. 289 a. a. O.

Beklagten vermied, konnten also vom Richter die Interessen des gutgläubigen Eigenbesitzers wahrgenommen werden, selbst wenn die exceptio doli nicht ausdrücklich in die Formel aufgenommen worden war. Daraus darf man wohl schließen, daß die prozessuale Lage des Possessor, der die Einrede des Verwendungsanspruches erhob, keine ungünstige war.

Wenn nun trotzdem Pernice (a. a. O. S. 253) den Verwendungsanspruch ein so schwach wie möglich geschütztes Vermögensrecht nennt, so kann dies nur mit einer erheblichen Einschränkung anerkannt werden:

Solange der Eigenbesitzer die fremde Sache in den Händen hielt, um deren willen er die Verwendungen gemacht hatte, solange war er stark genug geschützt. Durfte er doch selbst nach dem „Restituas" der Pronuntiatio ohne Gefahr die res litigiosa retinieren, wenn nicht gar u. U. der Kläger ganz mit seiner Klage abgewiesen wurde (summovere).

Sobald er aber den Besitz aufgegeben, insbesondere den Gegenstand seinem Eigentümer zurückgegeben hatte, war er diesem [1]) gegenüber macht- und rechtlos.

Denn eine actio in personam schließt das Fehlen eines rechtlichen Bandes zwischen Eigenbesitzer und Eigentümer aus.

Es wäre also — entsprechend der Retentions-(Verwendungs-) Einrede, welche eine exceptio in rem ist, auch nur eine dingliche Klage als Angriffsmittel gegen den Dominus denkbar, und auch diese wird hinfällig, weil mit Aufgeben des Besitzes der bonae fidei possessor die rechtliche Beziehung zur Sache verliert.

Das so gewonnene Resultat bringen die Quellen wiederholt zum Ausdruck, immer wieder betonen die Juristen: nur durch ein an den Besitz geknüpftes Einrederecht, das sogen. Reten-

---

[1]) vgl. l. 45 D. 19, 1 (Paulus): „si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit: nam quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat ... quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem. In omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet".

tionsrecht, also nur defensiv, nie offensiv kann der Eigenbesitzer seine Verwendungsersatzansprüche gegen den Eigentümer geltend machen.

„. . . nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse“ (Julianus l. 33 i. f. D. 12, 6).

„Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo“ (l. 14 § 1 D. 10, 3, Paulus).

„Eum, qui in alieno solo aedificium exstruxerit, non alias sumptus consequi posse, quam possideat et ab eo dominus soli rem vindicet, scilicet opposita doli mali exceptione“ (Paulus l. 14 D. 44, 4).[1])

§ 5.

Wiewohl sich in den Quellen ganz schwache Ansätze finden, das prozessuale Schutzmittel der sogen. Retentionseinrede zu einem selbständigen materiellen Recht umzugestalten,[2]) so ist doch in der römischen Rechtsentwicklung streng an der Beschränkung des Eigenbesitzers auf das Retentionsrecht festgehalten worden.

Schon zu Celsus' und Julianus'[3]) Zeit war dies ein allgemein anerkannter, feststehender Rechtssatz; die späteren Juristen haben ihn nicht aufgegeben, wie Zimmermann (a. a. O. S. 83 u. 94) und andere behaupten, und auch Justinian hat gerade daran nichts geändert.[4])

---

[1]) vgl. ferner l. 38 u. 39 § 1 D. 5, 3; l. 27 § 5; l. 37, 38, 48, 65 D. 6, 1; l. 29 D. 10, 3; l. 1 pr. D. 20, 6; l. 56 § 3 D. 23, 3; l. 7 § 16 D. 24, 3; l. 7 § 12; l. 9 D. 41, 1; l. 48 pr. D. 46, 3; §§ 30, 31—34 J. II. 1; c. 11, c. 16 C. III, 32; c. 4, c. 16 C. V, 41; c. 1 C. VIII, 15 u. a. m.

[2]) Pernice a. a. O. Bd. 2 S. 254—259 und die dort angeführten Stellen.

[3]) Jul. l. 37 D. 6, 1; l. 33 D. 12, 6; l. 14 D. 39, 6; Jul. bei Paulus l. 45 § 1 D. 19, 1; African l. 28 D. 9, 4; Celsus l. 38 D. 6, 1.

[4]) vgl. außer den angeführten Paulus-Zitaten (l. 14 § 1 D. 10, 3; l. 14 D. 44, 4) Paulus l. 27 § 5 D. 6, 1; Ulpian l. 7 § 16 D. 24, 3; l. 39 D. 6, 1; Papinian l. 48 D. 6, 1; c. 11, c. 16 C. III, 32; §§ 30, 32 Inst. II, 1; ferner aus dem Codex Gregorianus ein Reskript des Kaisers Philippus (zitiert bei Kämmerer a. a. O. S. 150): „Aedificium in alieno agro exstructum solo

Um so erstaunlicher ist es, daß nicht bloß die gemeinrechtliche Praxis eine Klage auf Ersatz der Impensen gab — dies könnte man noch aus einem bloßen Bedürfnis erklären —, sondern auch die Wissenschaft seit der Zeit der Glossatoren[1]) bis in die neueste Zeit die Gültigkeit dieses Satzes aus den Quellen selbst zu widerlegen, sich bemüht hat.

Während die gemeinrechtliche Doktrin die klassischen Begriffe der Verwendungen und deren Einteilung so gut wie unverändert übernahm, hat sie zwei einschneidende Veränderungen der Impensenlehre vorgenommen:

Sie gab dem Eigenbesitzer neben bezw. statt der Retentionseinrede eine Ersatzklage, außerdem bemaß sie die Höhe des Ersatzes aus der gesamten Bereicherung, die der Eigentümer aus den Verwendungen gewonnen hatte.[2])

Das Resultat dieser Neuerungen ist also: erhöhter Schutz des Eigenbesitzers auf Kosten des Eigentümers. Und dies gibt vielleicht einen Fingerzeig dafür, wo die motorischen Kräfte zu suchen sind, welche eine solche Umwälzung herbeigeführt haben. — Das germanische Recht kennt nicht die schrankenlose Eigentumsverfolgung, wie sie dem römischen Rechte eigentümlich war. Denn nur wer unfreiwillig den Besitz seiner eigenen Sache

---

cedere sumptusque eo nomine factos non nisi bonae fidei emtorem per retentionem posse servare certissimi juris est". Vgl. auch v. Koschembahr a. a. O. S. 92 u. 101; Pernice a. a. O. Bd. 2 S. 252ff.; Stobbe a. a. O. S. 60ff.; Schlegelberger a. a. O. S. 3; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 227 S. 542; Eck a. a. O. § 20 S. 179 u. a. m.

[1]) Schon Martinus und Azo, wie die Glosse zu „desideratur" l. 38, zu „gesto" l. 50 § 1 D. 5, 3 und zu „servare posse" l. 33 D. 12, 6 bezeugen; ferner z. T. Cujacius, Observ. Bd. 10 S. 4 und die bei Glück Bd. 8 S. 309 Angeführten. Auch Schweppe, Zimmermann, Lauterbach, Strube; vgl. Pernice a. a. O. Bd. 2 S. 256 Anm. 1 u. 3.

[2]) Daher mußte der Eigentümer bei Imp. util. den gesamten Nutzwert herausgeben. Es galt also nicht mehr: „et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est" (l. 38 D. 6, 1). Außerdem erweiterte sich der Imp. util. von selbst dadurch, daß die Bereicherung des Eigentümers auf „Kosten des Besitzers" schwerlich anders als nach objektiven Gesichtspunkten festgestellt werden konnte. Auch wurde das jus tollendi bei Fällen von accessio, spez. bei imp. volupt., als selbständiger Anspruch anerkannt.

verloren, konnte dort auch gegen deren gutgläubigen Erwerber vorgehen.

Sobald der Besitzer in der „Gewere“ ist, befindet er sich in einer gesicherten Rechtsposition, auch dem gegenüber, welcher ältere Ansprüche hat. Es liegt nun nahe, die Begünstigung des Eigenbesitzers im gemeinen Recht, bestehend in der Gewährung der Verwendungsklage, dem Einfluß deutscher Rechtsanschauungen, speziell des Institutes der „Gewere“, zuzuschreiben, da deren Geltung zur Zeit der Rezeption noch nicht erloschen sein konnte.

Natürlich wird sich ein solcher Einfluß schwer in absoluten Werten nachweisen lassen, zählt er doch wohl zu den Imponderabilien. Unter der Schwelle des Bewußtseins mag er auf Schöffen, wie Gelehrte, auf Praxis wie auf Doktrin eingewirkt haben.

Aber es führt zu einer gewissen Erkenntnis, wenn man die Wurzeln untersucht, das Wesen der germanischen Klage, speziell der Gewere.

Stobbe, der im Einverständnis mit Platner und Fabricius[1]) einen derartigen Einfluß für wahrscheinlich hält, erklärt (a. a. O. S. 61):

„Das deutsche Recht, welches dem gutgläubigen Besitzer gleichfalls einen Anspruch auf Ersatz seiner Verwendungen gibt,[2]) läßt ihn denselben nicht bloß mit einer Einrede, sondern auch mit einer Klage geltend machen.

---

[1]) Platner, Über die historische Entwicklung des Systems und des Charakters des deutschen Rechtes 1854; Fabricius, De impensis secundum jus Romanum, Breslau 1861.

[2]) In den Volksrechten ist der Verwendungsanspruch noch nicht allgemein anerkannt (vgl. Stobbe S. 74 u. 79 a. a. O.). Zuerst ist wohl der Anspruch des Schüttenden auf Ersatz der Futterkosten durchgedrungen; vgl. Schlegelberger a. a. O. S. 21—27; Stobbe a. a. O. S. 81; ferner der Impensenanspruch des Finders (Schlegelberger S. 27—30; Stobbe S. 80); vgl. auch Sachsensp. II, 29. Seit der Zeit der Rechtsbücher gibt es im deutschen Recht einen echten Verwendungsanspruch, welcher den Umfang des Ersatzes nach ähnlichen Grundsätzen regelt wie im römischen Recht. — „Nach Bescheidenheit und billigem Ermessen“ wird Ersatz der Kosten und Auslagen, auch der Arbeit zugebilligt, nicht aber Herausgabe der ganzen Bereicherung (Purgoldt Bd. 2 S. 36 u. 41); vgl. Sommerbrodt

Denn es unterscheidet überhaupt nicht zwischen Rechten, welche mit einer Klage, und solchen, welche nur mit einer Einrede verfolgt werden können, sondern gewährt für jedes Recht auch eine Klage".

Soweit muß man wohl Stobbe zustimmen. Wenn er aber unter Berufung auf Platner fortfährt: „Ja dasselbe gab auch überhaupt demjenigen, welcher die Verpflichtung hatte, eine Sache zu restituieren, keine Retentionseinrede, um sich durch dieselbe in betreff des Ersatzes seiner Verwendungen zu sichern; er mußte die Sache herausgeben, konnte aber durch Klage später sein Recht verfolgen", so kann man in dieser Verallgemeinerung Stobbe nicht zustimmen.

Daß vielmehr auch im deutschen Recht der beklagte gutgläubige Besitzer ein Rückbehaltungsrecht wegen Verwendungen hatte, weist Schlegelberger (a. a. O. S. 19ff.), gestützt auf Huber und Herbert Meyer, überzeugend nach

---

a. a. O. S. 46ff. und Stobbe S. 64ff. und die dort angeführten Belegstellen, besonders Schwabensp. S. 161 § 4; (Lassberg ed.). Purgoldt Bd. 2 S. 36, 41 u. 120; Dithmars. Landrecht Art. 155; Hadeler. Landrecht IV Tit. 2; Richtsteig 17 § 4; vgl. auch Schwabensp. (Lassberg ed.) §§ 372 und 375 IV. Dies gilt auch für Bau auf fremdem Boden, soweit nicht der römische Grundsatz: „Inaedificatio et implantatio solo cedit" im germanischen Recht teilweise durchbrochen ist (vgl. Martin Wolff a. a. O. S. 9ff., 51 und Sommerbrodt a. a. O. S. 47ff. u. 70ff.). Bezüglich des Bestellens fremden Ackers steht der ehrliche Eigenbesitzer insofern günstiger da wie im römischen Recht, als er nach dem Grundsatz des Sachsenrechtes: „Wer säet, der mähet" (vgl. Sachsensp. II, 58), die Früchte des laufenden Wirtschaftsjahres auch nach Ablauf seiner rechtlich geschützten Besitzzeit sich aneignen darf, allerdings gegen einen „billigen Zins" an den Eigentümer des Grundstücks (Sachsensp. II, 46 § 3); dagegen nur Ersatz der Impensen oder Ernte gegen Zins bei Purgoldt Bd. 2 S. 36 u. 115 (vgl. Stobbe a. a. O. S. 69); auch Teilung der Erträge zwischen Eigentümer und Eigenbesitzer (Augsburger Stadtrecht von 1276; Stobbe a. a. O.). Allemal stand sich der ehrliche Eigenbesitzer im germanischen Recht dadurch besser, daß er die Fructus exstantes ohne Entgelt behalten durfte (vgl. Stobbe a. a. O. S. 71). — Bei Inaedificatio findet sich auch ein Abtrennungsrecht, entweder subsidiär für den Ersatzanspruch, oder der Eigenbesitzer hat ein Wahlrecht zwischen Abtrennung und Ersatz der Kosten (Sommerbrodt a. a. O. S. 65ff.), dem u. a. auch ein Abtrennungszwang gegenüberstehen kann (Sommerbrodt S. 54).

(vgl. auch den Magdeburger Schöffenspruch bei Schlegelberger a. a. O. S. 13).

Ebenso wie die Klage ist auch dieses Retentionsrecht ein Ausfluß „der gegenwärtigen Gewere", des „Grundpfeilers des germanischen Sachenrechts". Denn nach Huber[1]) ist die Gewere „die Gestalt, unter welcher das dingliche Recht verteidigt, erobert und übertragen wird", und „stellt unter Vorbehalt der Berichtigung die Ordnung der dinglichen Rechte dar, und die Rektifikation erfolgt in der Gestalt der Wiederherstellung der älteren Gewere, sobald die jüngere als materiell unbegründet nachgewiesen ist" (Huber S. 84).

Auf dieser Begriffsbestimmung fußend, führt Schlegelberger aus, daß auch das germanische Recht Fälle kennt, in welchen die Defensivwirkung der gegenwärtigen Gewere zwar nicht zum Unterliegen des Inhabers der früheren Gewere führt, aber den Anspruch auf Rückgewähr zu einem Lösungsanspruch herabmindert, indem es seine Erfüllung von der Befriedigung eines Gegenrechts abhängig macht.

Der Beklagte braucht die Gewere nicht eher zu räumen, bis sein Gegenrecht befriedigt ist. Dies beruht nicht auf einem obligatorischen Anspruch an den Kläger, sondern in der Defensivkraft der gegenwärtigen Gewere, welche den Besitzer berechtigt, bis zur Befriedigung seiner Gegenforderung die Herausgabe der Sache zu verweigern.[2])

Als ältesten Fall eines solchen Rückbehaltungsrechtes auf Grund von Verwendungen führt Schlegelberger den der Schüttung von Tieren an (schon in den alten Volksrechten vorkommend). Der Schüttende darf das Tier behalten, bis Schaden, wie Futterkosten, also Verwendungen, von dem anderen bezahlt sind. Es tritt also hierbei besonders deutlich hervor, wie die Defensivwirkung des Verwendungsanspruches im Rahmen der

---

[1]) Huber, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht, Bern 1894, S. 22 u. 84.

[2]) Zustimmend Planitz a. a. O. S. 57, und zwar bezüglich des Retentionsrechtes aus ungelobter Schuld (der Finder, der Schüttende, analog der Stellung des Eigenbesitzers).

gegenwärtigen Gewere die Offensivkraft des Herausgabeanspruchs zu einem Anspruch auf Lösung abschwächt.

Ebensogut konnten aber auch nach Verlust des Besitzes die Verwendungen mit der Klage aus der früheren Gewere geltend gemacht werden. Es tritt nur dabei die umgekehrte Minderung ein: der Anspruch auf Rückgewähr wird herabgemindert zur Verwendungsersatzforderung, denn den Beklagten schützt ja hier der Umstand, daß er näher ist, die Sache zu zu besitzen.

Rückbehaltungsrecht wie Verwendungsklage sind Gebilde des Sachenrechtes, darin muß man wohl Schlegelberger (S. 19) zustimmen.

Eine dingliche Klage aus dem Besitz — analog der rei vindicatio — gab es eben im römischen Recht nicht. Das germanische Recht dagegen, welches die scharfe Unterscheidung zwischen Eigentumsklage und Besitzes-(Interdikten)schutz nicht kannte, war daher in der Lage, eine dingliche Klage auf Ersatz der Verwendungen zuzulassen, nämlich Klage aus der älteren Gewere.

Als dann die Rezeption das System des römischen Besitzesschutzes brachte, die Klage aus der Gewere damit verloren ging,[1]) wäre der Verwendungsberechtigte, sobald er das Objekt der Verwendungen nicht mehr besaß, schutzlos gewesen, hätte man ihm nicht anderweit geholfen.

Eine dingliche Klage gegen den Eigentümer der betreffenden Sache war unter diesen Verhältnissen nach römischen Rechtsbegriffen undenkbar; einer Kontraktsklage fehle die notwendige Unterlage eines bestehenden Rechtsverhältnisses. Innerhalb des römischen Aktionensystems blieb also nur die Klage aus einem Quasikontrakt übrig.

§ 6.

Und tatsächlich hatten ja schon die Römer diesen Ausweg in ähnlichen Fällen benutzt, wo auch eine eigentliche actio in rem ebensowenig am Platze war wie eine Kontraktklage, nämlich

[1]) vgl. Huber a. a. O. S. 68ff.; Schlegelberger a. a. O. S. 48.

bei den Kondiktionen, der actio negotiorum und verwandten Klagefiguren.

Wenn bei Besprechung dieser Klagen die römischen Juristen gelegentlich die Frage erörtern (z. B. Julianus in l. 33 D. 12, 6), ob auch der Ersatz von Verwendungen mit einer solchen Klage geltend gemacht werden könnte, so geben sie doch — für den Normalfall — eine verneinende Antwort. Nur in einigen außerordentlichen Fällen wird unter ganz besonderen Voraussetzungen eine Verwendungsklage gegeben,[1]) diese gelegentlich wohl auch einmal damit begründet, der Beklagte hätte sich gegen ein billiges Ermessen zum Schaden des Klägers bereichert.

Und weil nun die Gewährung einer Verwendungklage als notwendig, ihre Versagung als ungerecht empfunden wurde, besonders dann, wenn der Eigenbesitzer durch Herausgabe der Sache an den Eigentümer des Retentionsrechtes sich begeben hatte, so haben die gemeinrechtlichen Juristen, um wenigstens den Schein der Klassizität zu retten, jene Ausnahmen zur Regel und die Regel zur Ausnahme gemacht.

Es wurde also gelehrt, das römische Recht hätte für Verwendungsansprüche eine Klage gegeben.

Da aber zur Begründung jene spärlichen Ausnahmefälle nicht recht ausreichten, so wurde der neuen Klage ein umfangreicheres Fundament gegeben, hergeleitet aus dem Pomponius-Fragment: „Natura aequum est, neminem cum alterius detrimento locupletiorem fieri“ (l. 14 D. 12, 6; l. 206 D. 50, 17), welches doch gewiß nicht mehr sagen will wie jene andere Digestenstelle: „Jus est ars aequi et boni“.

Auf diesem Wege mußte sich die Ersatzklage für Impensen zur Klage aus ungerechtfertiger Bereicherung gestalten, ein Charakter, den sie endgültig unter dem Einfluß der naturrechtrechtlichen Schule annahm.[2]) In dieser Gestalt ist die Ver-

[1]) Diese Fälle werden im weiteren Verlauf der Arbeit eingehend besprochen werden. — Wo dagegen der Aufwendende die Impensen gegenüber Rei vindicatio und Hereditatis petitio geltend macht, kann er es nur retentionsweise tun (vgl. v. Koschembahr a. a. O. S. 92—101).

[2]) Wilh. Sell a. a. O. § 45 S. 116: „Der Grundsatz, daß niemand mit oder aus dem Nachteil eines anderen sich bereichern solle, ist nach römischem Recht ein völlig allgemeiner, durch das ganze Rechtssystem gehender.

wendungsklage teilweise auch durch die Partikularrechte[1]) übernommen worden; schließlich ist sie auch auf die Gestaltung des Bürgerlichen Gesetzbuches nicht ohne Einfluß geblieben.

Aber die Versuche der gemeinrechtlichen Juristen, jene Klagen aus dem klassischen römischen Rechte herzuleiten, sind als mißglückt anzusehen. Das haben die exakten Forschungen der neueren Juristen, speziell über das Verhältnis jener Bereicherungsklagen zum Impensenersatz, überzeugend nachgewiesen.

Es ist daher zu zeigen, wie alle Verwendungsklagen, welche das gemeine Recht dem Eigenbesitzer gewährt hat,

die condictio indebiti,
die condictio impensarum (incerti),
die condictio sine causa generalis,
die condictio possessionis,
die utilis actio negotiorum gestorum,
die utilis actio de in rem verso,
die utilis actio in factum bezw. in rem,

der Impensenlehre der Quellen widersprechen.

§ 7.

Die Condictio indebiti.

Unter den erwähnten Klagen des gemeinen Rechts waren die Kondiktionen, die Bereicherungklagen *κατ' ἐξοχήν*. Sie sind

---

Er ist darum nicht bloß auf die Fälle zu beziehen, für welche sich in den Gesetzen eine ausdrückliche Anwendung findet, sondern ebenso auf diejenigen Fälle, welche in den Gesetzen nicht ausdrücklich angeführt sind, wenn nur der Grund selbst, nämlich die Bereicherung aus dem Nachteil eines anderen wirklich vorhanden ist". Vgl. im folgenden Andreas Cludius, J. H. Boehmer, Mühlenbruch u. a.; vgl. auch Pernice a. a. O. S. 256 Anm. 3; v. Mayr, Condictio (Schlußwort); v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch usw. (Einleitung.)

[1]) Nach dem ALR. war der Verwendungs-, speziell der Lösungsanspruch des Eigenbesitzers ein solcher selbständiger Art, d. h. er konnte unabhängig von der Eigentumsklage auch nach Herausgabe des Gegenstandes an den Eigentümer diesem gegenüber geltend gemacht werden (vgl. Schlegelberger a. a. O. S. 71 und die dort angeführten Entsch. des preuß. OTr. und des RG.).

hier nur so weit zu betrachten, als sie mit der Impensenlehre zusammenhängen, also für den Tatbestand beschränkt, wo der Eigentümer bereichert ist durch eine Handlung des Geschädigten selbst.

Den Charakter einer Bereicherungsklage als Ausfluß der „aequitas" haben der Cond. indebiti endgültig erst die deutschen Praktiker gegeben.

Freilich in der Theorie ist diese Auffassung schon viel früher vertreten worden, noch nicht konsequent von Bartolus, schärfer von seinen Schülern, später von Duarenus, dann wieder bekämpft von Donellus und anderen Juristen der französischen Schule sowie dem Holländer Arnold Vinnius, der sich in seiner Widerlegung der Bereicherungstheorie in erster Linie auf die Quellen stützt. — Der Helmstädter Professor Andreas Cludius gibt dagegen der Cond. indeb. wieder die Grundlage des Billigkeitsprinzipes, kombiniert mit der Konstruktion als Quasikontrakt, bis Justus Henning Boehmer in aller Bestimmtheit den Grundsatz ausspricht: „Die Condictio ist eine Konsequenz des römischen Rechtssatzes: ‚jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento locupletiorem fieri',[1]) so daß schon die bloße Tatsache der Bereicherung aus dem Vermögen eines anderen eine Verpflichung zur Ausgleichung des dem anderen entstandenen Schadens begründet".[2])

An dieser Doktrin — nach welcher auch die Impensenansprüche klagbar waren — hielten die deutschen Rechtslehrer (in Übereinstimmung mit den Praktikern) in überwiegender

---

[1]) l. 14 D. 12, 6 (Pomponius). Dernburg (Bd. 2 § 138 S. 369 Anm. 14) bemerkt hierzu, daß die Bereicherung des einen mit dem Nachteil eines andern für sich allein noch keine Verpflichtung begründe. In der Parallelstelle des Pomponius, l. 206 D. 50, 17: „jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria fieri locupletiorem", muß auf „injuria" der gebührende Wert gelegt werden; in l. 14 cit. ist es nur weggelassen infolge der besonderen Beziehung der l. 14 zu l. 13 § 1 eodem. v. Mayr, Condictio sieht in jenem Satz „kaum mehr als ein Moralprinzip, wenn er auch für die Ausgestaltung der Rechtsordnung von gewissem Einfluß werden sollte" (a. a. O. S. 298); vgl. auch Witte a. a. O. S. 5.

[2]) Über die Literatur vgl. Erxleben S. 2ff.; v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerl. R. S. 4—11.

Mehrzahl fest, als einer der letzten Wilhelm Sell in seiner angeführten Schrift (vgl. S. 30 Anm. 2).[1])

Dieser Lehre hat erst Erxleben (in seiner Monographie „Die Cond. indeb.", Zürich 1849) den Garaus gemacht, indem er aus den Quellen nachwies, daß die Condictio, speziell die Cond. indebiti, im klassischen Recht einen anderen Charakter als den einer Bereicherungsklage gehabt hat. Ihm sind in der Hauptsache Witte (i. f.), Jacobi, Kämmerer u. a. gefolgt; die neueren Schriftsteller stehen fast ausnahmslos auf demselben Boden.[2])

Die herrschende Meinung nimmt also an, daß bei den Kondiktionen die Bereicherung weder der Klagegrund ist, noch ausschließlich den Gegenstand der Klage bildet (vgl. besonders von Mayr a. a. O. Einleitung und Schluß).

Es scheint allerdings mit dem Papinianfragment l. 66 D. 12, 6: „Haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit", nicht zu harmonieren, wenn Julianus in l. 33 desselben Titels die condictio in einem Falle versagt, wo augenscheinlich der Eigentümer durch Verwendungen des Besitzers auf dessen Kosten bereichert ist.[3])

§ 8.

Der Gedanke, mittels der Condictio dem Besitzer eine Klage auf Ersatz der Verwendungen zu geben, lag dem klassischen Recht gar nicht so fern. Aber in der l. 33 zit. verneint Julianus

---

[1]) vgl. auch Savigny, System Bd. 5 S. 564 und die bei Dernburg, Pand. Bd. 2 S. 369 § 138 Anm. 13 Zitierten.

[2]) vgl. Dernburg a. a. O. § 138 i. f.; Pernice a. a. O. Bd. 2 S. 266 Note 19, Bd. 3 S. 214 ff. u. 234 ff.; v. Mayr, Condictio S. 9—16, 237—244; v. Mayr S. 296—318 u. 420; v. Koschembahr a. a. O. über die neuere Literatur S. 1—20, seine eigene Meinung S. 21 ff. Teilweise der gegenteiligen Meinung Windscheid, Pand. § 422 Note 3 i. f. u. S. 813; Pfersche a. a. O. S. 3 ff.

[3]) An diesen Widerspruch der beiden zitierten Fragmente hat die gemeinrechtliche Doktrin schon früh Anstoß genommen. Vgl. die Lösung dieses Problems, welche Erxleben a. a. O. gegeben hat, wohl als erster.

die Frage, ob dies statthaft sei, und die Begründung, welche er gibt: „quia nullum negotium inter nos contraheretur", beweist, daß die cond. indeb. Voraussetzungen gehabt haben muß, welche in dem hier vorliegenden Falle (der gutgläubige Eigenbesitzer hat unter Verzicht auf sein Retentionsrecht Grundstück nebst Neubau an den Eigentümer herausgegeben) nicht vorhanden sind.

Die Cond. indeb. hat nämlich folgende Voraussetzung: Es ist irrtümlich eine obligatorische Verbindlichkeit, ein „Debitum" angenommen, daraufhin ist Leistung in Erfüllungsabsicht erfolgt, und erst nach vollzogener Leistung wird der Irrtum über die causa negotii, den Schuldgrund, offenkundig, daß nämlich das vermeintliche „Debitum" ein „Indebitum" war.[1])

Zwischen Eigenbesitzer und Eigentümer besteht jedoch überhaupt kein juris vinculum. Was jener auf dem fremden Grundstück gebaut hat, ist sofort mit Einbau, jure accessionis, Eigentum des dominus fundi geworden. Und wenn nun der Eigenbesitzer diesem das Grundstück samt dem von ihm gebauten Haus herausgibt, so leistet er dem Eigentümer gar nichts, meint Julianus — „quia nihil accipientis faceret", l. 33 zit. —, noch hat er damit eine Verbindlichkeit erfüllen wollen. Nur die tatsächliche Gewalt hat er einem anderen eingeräumt.[2])

Es ist klar, die Geltendmachung von Verwendungen des Eigenbesitzers paßt nicht in das System, welches Julian in seiner Konstruktion der Cond. indeb. auf der Grundlage des negotium geschaffen hat, es ist ferner klar, daß unter solchen Voraussetzungen die Condictio keine reine Bereicherungsklage sein konnte.

Wie verträgt sich dies aber mit jenem „haec condictio introducta ex aequo et bono"?

Um diese Frage beantworten zu können, muß in Kürze darauf eingegangen werden, warum gerade bei Vorhandensein eines negotium die Condictio Platz greift, in solchen Fällen aber,

---

[1]) vgl. Pernice, Labeo Bd. 3 S. 238 ff. spez. S. 244 u. 248; ferner Koschembahr a. a. O. S. 21 ff.; v. Mayr a. a. O. S. 318 ff.; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 141 S. 372/73; vgl. auch ALR. I Titel 16 § 178.

[2]) vgl. v. Koschembahr a. a. O. S. 36/37.

wo der Eigentümer durch Verwendungen des Eigenbesitzers bereichert ist, versagt werden muß.

Julianus berühmte „Negotiumtheorie“ ist seit der Zeit der Glossatoren in der gemeinrechtlichen Doktrin vielfach angegriffen worden. Aber auch die Anhänger dieser Lehre haben widerstreitende Erklärungen dafür gegeben. Es ist hier nicht der Raum, auf die ganze höchst verwickelte Dogmengeschichte der Julianschen Theorie näher einzugehen.[1])

Daß aber die Beschränkung auf das Negotium unter den angegebenen Voraussetzungen dem aequum et bonum[2]) nicht widerspricht, um dies zu erweisen, soll im folgenden erörtert werden, welches denn überhaupt die Wurzeln der Condictio waren.

Hat jemand auf Grund einer irrtümlich angenommenen rechtlichen Verpflichtung einem anderen etwas geleistet, so hat der andere rechtmäßig Eigentum erworben, da ja eine nuda traditio[3]) nicht vorliegt. Nach altem strengen Recht war also eine Klage auf Herausgabe des Geleisteten nicht möglich;[4]) aber es ist gegen Recht und Billigkeit, wenn der Eigentümer das Geleistete behält. Der Sache haftet gewissermaßen ein Makel an, „res ipsa in se dolum habet“ (Ulpian l. 23 D. 13, 7). Es ist also nur gerecht, wenn er zur Herausgabe gezwungen wird. „Is quoque, qui non debitam pecuniam accipit ab eo, qui per errorem

---

[1]) Schon Gajus sucht eine Erklärung in l. 5 § 3 D. 44, 7; ferner haben sich damit befaßt: Azo, Jason de Mayno, Cujacius (tom. VI ad Salvium Julianum p. 266). Für die älteren Lehrmeinungen vgl. v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch usw. S. 4 ff., für die neueren v. Koschembahr a. a. O. Einleitung spez. S. 23; Pernice, Labeo Bd. 3 S. 232 ff., 238 ff.; Wolfgang Stintzing, Gesch. der Cond. S. 10 ff.

[2]) „Der Widerspruch ist nur ein scheinbarer und lediglich daraus entstanden, daß man den Entstehungsgrund der Condictio (ex aequo et bono introducta) mit ihrem Anwendungsgebiet verwechselte“ (v. Mayr, Condictio S. 238).

[3]) vgl. Paulus l. 31 D. 41, 1 mit Julian l. 36 eod. tit.; vgl. auch v. Koschembahr a. a. O. § 2 S. 35—39.

[4]) Dies bezieht sich nur auf den, der unwissentlich ein Indebitum annimmt; andernfalls begeht er ein Furtum und haftet dann mit der Cond. furtiva; vgl. Dernburg a. a. O. § 141 S. 374.

solvit, re obligatur.[1]) Nam proinde ei condici potest" (Gajus III, 91 u. § 1 J. III, 14).

Die Condictio indeb. war nach Stintzing[2]) ursprünglich die Klage gegen den Erpresser. Ist dies richtig, so vollzog sich bei der Condictio dieselbe Wandlung wie bei der exceptio doli.[3]) Statt des Erfordernisses eines subjektiven Dolus auf seiten des Bereicherten wird nun der objektive Dolus betont,[4]) es ist unbillig zu behalten, was der andere durch Irrtum eingebüßt hat, „nam videri me dolum facere, qui ex aliena jactura lucrum quaeram" (Proculus l. 17 § 4 D. 14, 3).

Es ist also tatsächlich eine Konzession an die Grundsätze des bonum et aequum, an das Jus gentium, wenn zur Milderung des streng formalen Rechtes die Condictio indebiti geschaffen wurde. Folgerichtig wird sie namentlich von Julianus auch dem gewährt, welcher irrtümlich eine Verpflichtung erfüllt hat,[5]) obwohl dem Anspruch eine perpetua exceptio entgegenstand; mit Recht, denn der Empfänger hatte ja nichts mehr zu fordern, weil die Geltendmachung seines Anspruches durch die rechtsvernichtende Einrede dauernd ausgeschlossen war.[6])

Aber nur da hat die Rechtsordnung ein Interesse, dem Geschädigten zu dem Seinen zurückzuverhelfen, wo ihre eigenen Härten die Ursache des Schadens sind und ein anderes rechtliches Schutzmittel nicht vorgesehen ist.

Wer irrtümlich ein Rechtsgeschäft, ein Negotium abge-

---

[1]) Über die „Obligatio ex re" vgl. Becker, Aktionen Bd. 1 S. 116 ff. u. 124; vgl. die Erklärung von Gajus l. 5 § 3 D. 43, 7; v. Koschembahr a. a. O. S. 23/24.

[2]) Stintzing, Gesch. der Condictio S. 10 ff.; Ulpian l. 23 D. 13, 7: „Res ipsa in se dolum habet".

[3]) Über diese Wechselwirkung zwischen Exceptio und Condictio vgl. Pernice a. a. O. Bd. 3 S. 218 u. 219 und v. Koschembahr a. a. O. S. 31.

[4]) vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 2 § 141; v. Mayr, Condictio S. 312; v. Koschembahr a. a. O. S. 29 ff.; ferner l. 25 i. f. D. 25, 2: „jure gentium condici" l. 1 § 1 D. 44, 4.

[5]) „per errorem" (l. 40 D. 12, 6), anders dagegen wo dieser Irrtum fehlt: „repeti poterit, nisi sciens se tutum exceptione solvit" (l. 26 § 3 eod. tit.).

[6]) vgl. Julian l. 34 § 11 D. 46, 3; l. 26 §§ 3 u. 7; l. 40 D. 12, 6; Scaevola l. 3 § 2 D. 2, 15; vgl. auch BGB. § 813.

schlossen hat, welches trotz falsa causa rechtswirksam ist und ihn gebunden hält,[1]) einem solchen kommt die Rechtsordnung mit der Condictio indebiti zu Hilfe; die alte strenge Satzung wird durch eine neue mildere kompensiert.

Anders liegen die Verhältnisse dagegen in den folgenden Fällen, in welchen Julianus die Condictio indebiti für unzulässig erklärt.

Es hat jemand wissentlich[2]) eine Nichtschuld bezahlt oder eine Schenkung[3]) damit beabsichtigt, er hat eine bloße Naturalobligation[4]) erfüllt, sie irrtümlich für eine Vollobligation haltend; schließlich hat jemand an den Eigentümer vorbehaltlos eine Sache herausgegeben, an der ihm ein Rückbehaltungsrecht zustand (l. 33 D. 12, 6).

In den ersten beiden Fällen handelt es sich um freiwillige Zuwendungen, die der Empfänger auch ex bono et aequo zu behalten berechtigt ist.

In den beiden letzten Fällen haben zwar die Leistenden irrtümlich ihre rechtliche Position verschlechtert dadurch, daß sie sich der Einrede nicht bedient haben. Anderseits hat aber der andere Teil nur empfangen, worauf er einen dinglichen, bezw. einen — ursprünglich vollwertigen — obligatorischen Anspruch gehabt hatte.

Durch die Einrede, etwa der Verjährung oder die Exceptio S. C. Macedoniani ebensogut, wie auch die Exceptio impensarum gegenüber dem vindizierenden Eigentümer, ist dem Beklagten

---

[1]) Denn die Leistung des Indebitum muß auf Grund einer einklagbaren Forderung erfolgt sein: „Quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa nummerati sunt, ex qua actio esse potuisset", Ulpian ad Edictum l. 14 D. 12, 1.

[2]) Julian l. 7 § 2 i. f. D. 41, 4; Pomponius l. 50—51; Ulpian l. 26 § 3 D. 12, 6 (Pernice Bd. 3 S. 246).

[3]) Julian l. 14 D. 39, 5 u. l. 7 § 2 D. 41, 4. Anders bei der mortis causa donatio, denn diese galt als „negotium" (Julian l. 13 D. 39, 6 mit Paulus l. 35 § 3 D. 39, 6); vgl. Pernice a. a. O. Bd. 3 S. 280—282.

[4]) Julian l. 7; l. 16 § 4 D. 46, 1; l. 32 § 2; l. 35 D. 12, 6; andere Juristen: l. 14 D. 12, 1; l. 40 pr. D. 12, 6 (Except. S. C. Macedon); l. 1 § 17 D. 35, 2; vgl. Pernice Bd. 3 S. 253 ff.; v. Koschembahr a. a. O. S. 79—81; vgl. auch ALR. I Titel 16 §§ 178—179.

bereits eine Vergünstigung gewährt im Hinblick auf die strenge Durchführung der Kontrakts- bezw. Eigentumsklage. Wenn aber der in dieser Weise Geschützte verabsäumt, die Einrede geltend zu machen, dann hat er sich seine Vergünstigung verscherzt und darf auf keine zweite rechnen, anderseits hat ja auch der Kläger nichts „ex injusta causa“ erhalten.

Wenn jemand eine fremde Sache rechtswidrig zu eigen hat, dann kann er, je nachdem er nur objektiv oder auch subjektiv rechtswidrig besitzt, mit der rei vindicatio, actio in factum, a. utilis, de tigno juncto, condictio furtiva etc. zur Herausgabe gezwungen werden.

Die Condictio indebiti greift aber nur da[1]) Platz, wo jemand auf Grund eines Solutionsgeschäftes,[2]) also formell rechtmäßig, Eigentum erworben hat, und nur das Behalten des Geleisteten objektiv rechtswidrig ist, weil das zugrunde liegende Negotium eine falsa causa hatte (Error facti).

So erklärt es sich also, daß Julian das Erfordernis eines negotium[3]) bei der cond. indeb. so nachdrücklich den Fällen gegenüber betont, wo nur eine tatsächliche Zuwendung, ohne animus obligandi,[4]) erfolgt ist, also bei Schenkung, bei wissentlicher Zahlung eines Indebitum, vor allem auch da, wo der vindizierende Eigentümer nur das Seine erhält (l. 33 D. 12, 6) mag ihm auch der Eigenbesitzer Ersatz für seine Aufwendungen nicht abgefordert haben.[5])

---

[1]) vgl. v. Koschembahr a. a. O. S. 21/22, 102.

[2]) Pernice a. a. O. Bd. 3 S. 244; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 141 Anm. 3; vgl. auch Modestinus (l. 49 D. 12, 6): „His solis pecunia condicitur, quibus quoquo modo soluta est, non quibus proficit“, ein Satz, welcher gleichzeitig gegen den Charakter einer Bereicherungsklage spricht.

[3]) vgl. l. 33 u. 34 i. f. D. 12, 6; l. 41 § 1 D. 18, 1; l. 13 D. 26, 8; l. 14 D. 12, 1 Julian bei Ulpian (Edict. perpet.): „quoniam totiens condictio datur quotiens ex ea causa nummerati sunt ex qua actio esse potuisset“, d. h. es muß der Zahlung als Schuldverhältnis eine klagbare Forderung zugrunde gelegen haben. Julian l. 13 D. 39, 6 mit Paulus l. 35 § 3 eodem.

[4]) Julian l. 19 D. 12, 1: „Non omnis nummerato eum qui accipit obligat, sed quotiens id ipsum agitur, ut confestim obligaretur“ (l. 14 D. 12, 1). Der animus obligandi ist eben Voraussetzung der Condictio; vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 2 § 141 Anm. 3.

[5]) vgl. Pernice a. a. O. Bd. 3 S. 245; v. Koschembahr a. a. O. S. 37. —

Wo eine Hingabe in verpflichtender Absicht, ein negotium, nicht vorliegt, versagt Julianus die Klage, weil eben die condictio indebiti, obwohl „ex aequo et bono introducta", kein Universalheilmittel für den Fall ist, wo jemand sich selbst zum Vorteil eines anderen versehentlich geschädigt hat.

§ 9.

Gerade in diesem Prinzip scheint sich nun Julian selbst widersprochen zu haben, denn er gibt in einem der l. 33 D. 12, 6 nicht unähnlichen Falle eine condictio indeb. auf Rückerstattung der Impensen. Es handelt sich hierbei um die l. 60 D. 30, welche schon der Glosse zu Bedenken Anlaß gab.[1])

Dieser scheinbare Widerspruch hat die gemeinrechtlichen Juristen vielfach zu der Annahme verleitet, Julian selbst habe später seine Negotienlehre aufgegeben und eine cond. incerti impensarum geschaffen.[2]) Dies erweist sich aber als eine falsche

---

Zu dem gleichen Resultat wie Julian kommen andere Juristen, ohne gerade von einem negotium zu sprechen, denn wenn sie bei einer datio ob rem die condictio gewähren, bei einer datio ob causam aber versagen, so hat dies darin seinen Grund, daß im ersten Falle eine Leistung mit verpflichtender Absicht erfolgt ist, im zweiten Falle dagegen nur eine tatsächliche Zuwendung in der Erwartung eines freiwilligen Gegendienstes. Vgl. Pompon. l. 52 u. Paulus l. 65 §§ 2—4 D. 12, 6.

[1]) vgl. v. Mayr, Condictio S. 118: Glosse „Retentione" ad legem „quod si nulla".

[2]) Cujacius (Tom. 6 p. 265 ad legem 33 u. 60) ist der Ansicht, daß Julian in der l. 33 nur die cond. certi verweigere, daß aber die cond. incerti ebenso statthaft wäre wie in l. 60 D. 30. — Dagegen haben v. Mayr und Pflüger nachzuweisen versucht, daß jenes „incerti" erst von den Kompilatoren in l. 60 interpoliert worden ist (vgl. v. Mayr, Condictio S. 186/87 und die dort Angeführten, ferner S. 220 ff.). — Ferner wird von den genannten und anderen Schriftstellern die Meinung vertreten, daß die Unterscheidung von cond. certi und cond. incerti erst dem nachklassischen Recht angehört. Vgl. v. Mayr a. a. O. spez. S. 220—236, 282—286, 356; Pernice Bd. 3 S. 203 ff.; v. Mayr, Cond. incerti (Savigny-Stiftung); Pflüger bei v. Mayr a. a. O.; Trampedach dagegen (S. 114 u. 118 a. a. O.) bezeichnet gerade Julian als den Schöpfer der cond. incerti, ohne aber der allgemeinen Geltung einer cond. impensarum

Folgerung, wenn man genau zusieht, wie auch Julian den in l. 60 behandelten Fall seiner Kondiktionslehre angepaßt hat.

„Quod si nulla retentione (andere Lesart F^2 ‚ratione') facta domum tradidisset, incerti condictio ei competit, quasi plus debito solverit", und übereinstimmend damit Marcian in l. 40 § 1 D. 12, 6: „Si pars domus, quae in diem per fideicommissum relicta est, arserit ante diem fideicommissi cedentem, et eam heres sua impensa refecerit, deducendam esse impensam ex fideicommisso constat, et si sine deductione tradiderit, posse incerti condici, quasi plus debito dederit".

Es handelt sich hier um einen ganz anderen Tatbestand wie in l. 33. Denn in l. 60 richtet sich der Ersatzanspruch nicht von seiten des Eigenbesitzers gegen den Eigentümer, sondern von seiten des Eigentümers gegen einen obligatorisch Berechtigten, den Fideikommissar.[1]) Die Verwendungen hat der Eigentümer auch nicht „quasi in rem suam" gemacht, sondern um den Fideikommissar zu verpflichten, dessen Geschäfte er doch bis zur Auszahlung des Vermächtnisses führt.

Die actio contraria aus der Geschäftsführung ohne Auftrag wird offenbar nur darum hier durch eine condictio ersetzt, weil das Eigentum an dem vermachten Gegenstand bis zur Übergabe bei dem Erben verbleibt (soweit ein Fideikommiß in Frage kommt), mithin die Führung eines fremden Geschäftes in strengem Rechtssinn allerdings nicht vorliegt.

Aber der Erbe ist sich doch immerhin bewußt, daß er das Vermächtnis dem Fideikommissar schuldet. Aus diesem Vermächtnis ist nun durch casus eine Spezies, ein Haus unterge-

---

zuzustimmen. Vielmehr sucht er die condictio incerti mit Julians Negotienlehre in Einklang zu bringen.

[1]) Daß es sich in dem vorliegenden Fragment tatsächlich um ein fideikommissarisches Vermächtnis handelt, wird von neueren Schriftstellern übereinstimmend angenommen (vgl. v. Mayr, Condictio S. 186/87, der sich auf Naber und Lenel beruft, ferner Pernice a. a. O. Bd. 3 S. 245 ff.). Lediglich einen obligatorischen Anspruch begründet das Fideikommissum wenigstens in der klassischen Zeit. In der vierten Periode erhielt jedoch der Fideikommissar auch einen dinglichen Anspruch auf den Gegenstand des Vermächtnisses. Bei einem Vindikationslegat erwarb dagegen schon in der klassischen Zeit der Legatar sofort Eigentum.

gangen (species perit ei, cui debetur). Wenn nun der Erbe das Haus aus eigenen Mitteln aufbaut, so macht er seinerseits den Fideikommissar zu seinem Schuldner in Höhe der Ausgaben für den Neubau. Er darf um diese Gegenforderung ohne weiteres das Vermächtnis kürzen.[1])

Durch Herausgabe des Vermächtnisses bezahlt er eine Schuld, schließt also mit dem Bedachten ein Sulutionsgeschäft ab.[2]) Da er aber nur noch die Differenz zwischen dem Wert des Vermächtnisses und der Höhe seiner Auslagen in Wirklichkeit schuldet, so zahlt er bei Unterlassung des Abzugsrechtes tatsächlich eine teilweise Nichtschuld.[3]) So fügt sich die Kondiktion auf jenes „plus debito solutum" in den Rahmen der Negotienlehre ein. In einem ähnlichen Falle gibt Julian (bei Ulpian l. 19 i. f. D. 24, 1) die Condictio dem Ehemann, der versäumt hat, eine Gegenforderung an die Gattin von der Dos abzuziehen, gleichfalls Ulpian in l. 5 § 2 D. 25, 1, wenn der Ehemann versäumt hat, die impensae necessariae von der Dos abzuziehen. Wenn dieser von seinem gesetzlichen Vorrecht irrtümlich keinen Gebrauch gemacht hat, so hat er auch gewissermaßen zuviel bezahlt, und darum gibt ihm Ulpian die condictio in id, „quod pro impensis necessariis compensari solet", „propter aequitatem" unter Berufung auf die Autorität des Marcellus, „etsi plerique negent", also gegen die herrschende Meinung.[4]

[1]) vgl. v. Koschembahr a. a. O. Bd. 1 S. 98 Anm. 3: Die rechtliche Stellung des Fiduziars gegenüber dem Fideikommissar ist der des Ehemannes sehr ähnlich, da letzterer ja fiduziarischer Eigentümer der Dos ist. Auch dieser hat das Abzugsrecht; vgl. l. 5 § 2 D. 25, 1. In l. 17 i. f. D. 5, 3: „ipse quidem ex retentione rerum hereditarium sibi satisfaciat", ist unter den gleichen Voraussetzungen wie in l. 60 cit. dem Erbschaftsbesitzer, der ein Legatum aus eigenen Mitteln ausgezahlt hat, ein Selbstbefriedigungsrecht („satisfaciat") gegeben; vgl. Schlegelberger a. a. O. S. 8.

[2]) vgl. Pernice a. a. O. Bd. 3 S. 250; v. Koschembahr a. a. O. S. 102.

[3]) Eine Parallele zu l. 60 bei Javolenus l. 45 D. 12, 6, wo die Condictio auf das Zuvielbezahlte gegeben wird, weil irrtümlich die Aufrechnung mit einer Gegenschuld unterlassen worden ist.

[4]) In einem analogen Falle gibt Justinian (c. 1 § 56 C. 5 13) dem Ehemann wegen der Impensen auf die Dos eine actio mandati, wenn die Frau nachträglich ihre Zustimmung zu den Verwendungen gegeben hat;

Durch jenes „quasi plus debito solverit“ („weil er mehr, als er schuldete, bezahlt hat“) haben Julian und Marcian wohl andeuten wollen, daß die condictio hier ein Solutionsgeschäft zur Grundlage habe, also eine echte condictio indebiti sei. Offensichtlich soll damit eine Ausdehnung der condictio impensarum[1]) (wie man sie genannt hat) auf solche Fälle verhindert werden, wo die Impensen nur im eigenen Interesse gemacht sind, vornehmlich also bei Verwendungen des Eigenbesitzers. Damit erledigt sich auch von selbst der Versuch Windscheids, eine Klage auf das Zuvielgeleistete („plus debito solutum“) mit allgemeiner Gültigkeit aus den Quellen zu rekonstruieren.[2])

Aber es muß zugegeben werden — das hat schon Donellus erkannt[3]) —, daß Julian an den erwähnten Stellen die cond. indeb. begrifflich zu erweitern sich anschickte, wenn auch das fast gewaltsame Einfügen dieser Fälle in den Rahmen seiner Negotienlehre zeigt, wie ängstlich das Prinzip aufrechterhalten werden sollte,[4]) für Impensen dem gutgläubigen Eigenbesitzer nur ein Retentionsrecht zu geben.

Die Tendenz zur Erweiterung des Anwendungsgebietes der Cond. indeb. machte sich später bemerkbar. So gab Kaiser

---

ohne diese Zustimmung die actio contraria negot. gestor., offenbar weil die Geschäftsführung des Mannes als eine die Ehefrau notwendig verpflichtende betrachtet wurde.

[1]) v. Mayr (Cond. incerti, Savigny-Stiftung) S. 200ff., 219, nennt die condictio der l. 60 cit. u. l. 40 cit. außer cond. impensarum auch „quasi-condictio“, m. E. mit Unrecht, denn das „quasi“ bedeutet hier nicht „gleichsam“ (gleich: „veluti indeb. soluti“, l. 30 D. 12, 6), sondern „weil“, wie bei Julian (African) l. 30 pr. D. 19, 1 u. l. 23 D. 12, 1, ferner bei Gajus in l. 63 D. 12, 6; vgl. auch l. 45 D. 12, 6 u. l. 84 pr. D. 50, 17.

[2]) Aus dem Pompon.-Fragment l. 51 D. 12, 6: „ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus . . . repetere non possumus“, zieht Windscheid (a. a. O. Bd. 2 § 426, 2 Note 12) den gewagten Schluß: Das Geleistete könne zwar nicht zurückgefordert werden, aber doch wenigstens das „Zuvielgeleistete“, eine Konjektur, die allein schon den klaren Wortlaut gegen sich hat, abgesehen davon, daß sich in den Quellen nirgends auch nur die geringste Spur einer solchen allgemeinen Klage findet.

[3]) vgl. v. Mayr, Cond. incerti (Savigny-Stiftung) S. 200.

[4]) vgl. Pernice, Labeo Bd. 3 S. 249ff.; v. Mayr, Cond. incerti S. 200ff.; derselbe, Condictio S. 337 i. f.

Gordianus[1]) dem Erben eine cond. indeb., wenn er irrtümlich unterlassen hatte, die Quarta Falcidia abzuziehen.[2])

„Die Entwicklung wurde durch die Doktrin künstlich gehemmt", sagt Pernice, „aber so sehr man von der Anforderung der Solutio und Obligatio nachlassen mochte, von diesem Ausgangspunkt aus konnte es nicht gelingen, eine Rückforderung für die tatsächlichen Aufwendungen auf solche Gegenstände zu begründen, auf die ein dinglicher Anspruch bestand, obwohl man Julians Vertragstheorie preisgab oder abschwächte".[3])

§ 10.

Die Condictio sine causa specialis et generalis.

Freilich, wenn man von den Kondiktionen als Bereicherungsklagen gesprochen hat, so galt dies weniger der cond. indebiti als der cond. sine causa.[4]) Und so ist es auch geltend gemacht worden (z. B. von Bekker, Act. Bd. 1 S. 122 Note 31), daß Julianus in l. 33 D. 12, 6 nur eine Cond. indebiti ausschließen wolle, daß aber eine andere Form der Cond. auf Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung sehr wohl zur Geltendmachung der Impensenansprüche anwendbar sei. — In Betracht könnten nur die Cond. possessionis und die Cond. sine causa kommen.

Die letztere hat im klassischen Recht stets zur Voraussetzung, daß der Kondiktionsbeklagte ohne Rechtsgrund „ex injusta causa" etwas erworben hat. Häufig kommt noch dazu,

---

[1]) vgl. v. Mayr, Condictio S. 234.

[2]) vgl. c. 1, 9 C. VI, 50: Daneben wird aber auch gelegentlich eine Actio doli gegeben; vgl. Pernice Bd. 3 S. 249/50; v. Mayr, Cond. incerti (Savigny-Stiftung) S. 193; v. Koschembahr a. a. O. S. 112ff.: Aber nur, wo infolge eines Irrtums, „per errorem", die Quart nicht abgezogen ist, wird die Condictio gewährt (vgl. auch l. 7 § 4 D. 33, 4 u. l. 3 § 10 D. 35, 3); dagegen: „is autem, qui sciens se posse retinere universum restituit, condictionem non habet" (c. 9 C. VI, 50).

[3]) Pernice a. a. O. Bd. 3 S. 251/52; vgl. auch Erxleben S. 101; v. Mayr, Condictio S. 337.

[4]) vgl. v. Mayr, Condictio S. 301.

daß der Kondiktionskläger mit dem animus obligandi geleistet hat, und zwar handelt es sich in diesen Fällen um die Rückforderung aus einem nichtigen Rechtsgeschäft,[1]) z. B. Julian l. 41 § 1 D. 18, 1, wo der Kaufpreis wegen error in substantia kondiziert wird, hierher gehört auch die Condictio Juventiana, wo das Dalehnsgeschäft wegen error in persona nichtig ist[2]) und darum die gezahlte Summe kondiziert werden darf.

Allerdings beschränkt sich die Geltung dieser Cond. sine causa nicht auf die Fälle, wo der Kondiktionsgläubiger selbst etwas in Leistungsabsicht, aber sine causa dem anderen übertragen hat, und es finden sich wohl auch Stellen, wo die condictio damit begründet ist: „quasi ex re tua locupletior factus sum“ (African l. 23 D. 12, 1).

Bekker (a. a. O.) nennt drei Fragmente aus D. 12, 1,[3]) nämlich l. 11 § 2, l. 23 u. 31 § 1, in welchen die Cond. auch ohne vorhergegangenes Solutionsgeschäft gegeben wird. Bekker sieht darin einen Widerspruch zu der Julianschen Negotientheorie, denn er findet, „daß Julianus in seiner l. 33 mit jenem ‚quia nullum negotium inter nos contraheretur‘ eine ungenügende Erklärung für die Unzulässigkeit der Kondizierung von Impensen gibt.

Denn dies könne höchstens zur Abweisung einer Cond. indebiti führen, während der Verwender doch wohl eben nur eine Cond. sine causa analog obigen Stellen gefordert hatte“.[4])

---

[1]) vgl. v. Koschembahr a. a. O. S. 85, speziell die in Anm. 5 u. 6 zitierten Quellenfragmente und Schriftsteller; ferner Julian l. 37 D. 12, 6, wo jemand irrtümlich seinen eigenen Sklaven gekauft hat und das Kaufgeld kondiziert; v. Mayr a. a. O. S. 331; vgl. auch l. 2 pr. D. 12, 6, wo ein „Solutionsgeschäft mit einem Vorbehalt abgeschlossen wird: repetitio locum habebit, negotium enim contractum est inter eos“; ferner l. 54 D. 12, 6: Eine scharfe Trennung zwischen den einzelnen Kondiktionsfiguren, speziell C. indeb. und C. sine causa, läßt sich nicht durchführen; dieselben waren ja auch nur Denkformen für die römischen Juristen (vgl. v. Koschembahr a. a. O. S. 28).

[2]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 102 S. 240 Anm. 6, u. v. Koschembahr a. a. O. S. 85 Anm. 5; vgl. ferner Julian l. 18 u. 19 D. 12, 1 (Cond. bei mangelndem Konsens des Vormunds); Julian l. 13 D. 39, 6 u. l. 37 D. 12, 6 auch l. 38 § 2 D. 46, 2.

[3]) vgl. auch l. 12 i. f.; l. 13 pr. u. § 1; l. 19 § 1 D. 12, 1.

[4]) Wenn auch die l. 23 cit. unter dem Titel „de cond. indebiti“ steht

Tatsächlich haben diese Stellen mit dem Impensenersatz nichts zu tun. Brinz (§ 300 Nr. 11 a. a. O.) sagt dazu: „Bei näherer Betrachtung unterscheiden sich diese Fälle von dem in l. 33 nicht bloß dadurch, daß in ihnen der Gewinnende sich selbst bereichert, gewissermaßen mit eigener Hand, während er im Falle der l. 33 gar nichts zu seiner Bereicherung tut, sondern auch dadurch, daß der Gewinn ex re aliena, durch Ausbeutung einer fremden Sache, gemacht wird, während er dort aus der eigenen Sache des Bereicherten hervorgeht.

Die in l. 23 D. 12, 1 ff. der Cond. unterliegen, haben den Gewinn ohne justa causa aus fremder Sache gemacht, in l. 33 dagegen auf Grund ihres Eigentums und Accessionsrechtes".

Wenn auch in einer der angeführten Stellen (l. 23 D. 12,1) Julianus bei Africanus die Condictio begründet: „quasi ex re tua locupletior factus sum", so kann man doch nicht sagen, daß die Cond. sine causa hier als reine Bereicherungsklage auftritt, d. h. nur aus der Bereicherung entspringt und nur auf Herausgabe derselben gerichtet ist.[1])

Die Condictio vertritt in dieser Erscheinungsform bei Julian sowohl[2]) wie auch bei späteren Schriftstellern[3]) gewissermaßen die rei vindicatio, welche infolge von formellem, durch Konsumtion herbeigeführten Erwerb seitens des Kondiktionsbeklagten für den Kläger verloren gegangen war.[4])

Daß die Condictio tatsächlich diesen Charakter hat, sprechen einige Stellen ganz deutlich aus: „si nummi exstant, vindica-

---

schließt dies natürlich an sich noch keine andere Form der Condictio aus, da erst die Kompilatoren die Fragmente der Juristen unter die einzelnen Titel gebracht haben, die klassischen Juristen aber eine so scharfe Unterscheidung der einzelnen Kondiktionsfiguren kaum gekannt haben (vgl. Pernice a. a. O. Bd. 3 S. 215).

[1]) vgl. v. Mayr, Condictio S. 12 ff., 188 u. 300.

[2]) Julianus l. 11 § 7 D. 15, 1; Julian bei African („ait") l. 30 pr. D. 19, 1; l. 39 i. f. D. 24, 1.

[3]) Ulpian l. 4, 11 i. f. D. 12, 1; l. 29 D. 12, 6; l. 1 § 3 D. 12, 7; Proculus l. 53 i. f. D. 12, 6; Pomponius l. 24 D. 44, 7; Paulus l. 55 i. f. D. 24, 1.

[4]) vgl. v. Koschembahr a. a. O. S. 34 u. 128 ff.; v. Mayr a. a. O. S. 188, 301 ff. u. 415 ff.; Dernburg, Pand. Bd. 2 § 143 i. f. S. 380 Anm. 5, Bd. 1 § 225 Anm. 25.

buntur, consumptis vero condictio locum habebit“ (l. 29 u. 53 D. 12,6 u. a. O.).

Wenn die Sache wie in l. 23 D. 12, 1 untergegangen oder sonst das Eigentum erloschen ist, wird ihr Surrogat eingeklagt. Und nur wenn der Beklagte in gutem Glauben gehandelt hat, mindert sich das Klageobjekt auf die Höhe der noch vorhandenen Bereicherung.[1])

Und nur insofern spielt die Bereicherung eine Rolle, als der auf Kosten des Klägers herbeigeführte Vermögenszuwachs des Beklagten die Handhabe bietet, ihn haftbar zu machen, auch wenn ihm eine mala fides nicht nachzuweisen ist. Daß hier gerade die Condictio sine causa als Ersatz für die rei vindicatio gegeben wurde, war wohl nur ein Notbehelf. Vielleicht hat man sie in Anlehnung an die Condictio furtiva gewählt, indem statt des subjektiven der objektive Dolus betont wurde; denn ohne Rechtsgrund hat auch hier der Beklagte fremdes Eigentum an sich gebracht.[2])

Anderseits finden sich auch andere Klagefiguren unter denselben Voraussetzungen, namentlich eine utilis actio an Stelle (z. B. l. 3 D. 12, 6 u. a. m.), aber auch wahlweise mit der Cond. sine causa (vgl. l. 55 i. f. D. 24, 1, c. 15 § 1 C. 5, 3, c. 1 C. 8,54); Africanus gibt auch statt der Condictio in l. 23 D. 12,1 eine negotiorum gestorum actio in l. ult. D. 3, 5.[3])

---

[1]) vgl. v. Koschembahr a. a. O. S. 34; Dernburg a. a O. Bd. 1 § 225 Anm. 35; v. Mayr a. a. O. S. 301 ff., 415 ff.

[2]) Es soll damit nicht etwa die Cond. in l. 23 D. 12, 1 als Cond. furtiva in Anspruch genommen werden, wovor Koschembahr (S. 130 Anm. 4) ausdrücklich warnt; v. Mayr dagegen gibt der Cond. furt. einen sehr weiten Spielraum. So führt er (S. 307) l. 4 § 2 D. 12, 1 an, eine Stelle, welche schon die Glosse für die Cond. furt. in Anspruch genommen habe; ihr folgen Bekker, Brinz u. Trampedach; aber auch l. 4 § 2 D. 10, 2, l. 55 i. f. D. 12, 6, l. 22 § 2 D. 13, 7; c. 3 C. 4, 9 hält v. Mayr (S. 311) für Fälle der Cond. furtiva, gestützt auf die Glosse „solent“ ad l. 55 i. f. D. 12, 6.

[3]) l. ult. cit. Africans ist allerdings wahrscheinlich nicht völlig echt; Pernice (Bd. 3 S. 237, 238 Anm. 4) will den Widerspruch zwischen l. 23 D. 12, 1 und l. ult. cit. damit erklären, daß letztere in einen besonderen Zusammenhang gehört; gleichzeitig gibt Pernice zu, daß beide Stellen „nicht ganz heil“ sind.

Es war wohl eine Konsequenz des strengen römischen Vindikationsprinzipes und die Notwendigkeit, auch gutgläubigen Erwerbern gegenüber den Eigentümer vor unfreiwilligem Verlust seines Eigentums zu schützen, wenn die Juristen hier eine neue Klagekategorie als Ersatz für die rei vindicatio schufen.[1])

Für den Fall aber, wo der gutgläubige Eigenbesitzer durch Inaedificatio oder Implantatio, also durch seine eigene Handlung, einen Eigentumsverlust erlitten hatte, bestand bereits in dem Retentionsrecht ein genügender Schutz.

§ 11.

Aber die Cond. sine causa hat im gemeinen Recht doch in ihrer Eigenschaft als Bereicherungsklage, d. h. als Cond. sine causa generalis, zur klageweisen Geltendmachung von Impensen gedient. Die Ansätze zu dieser Entwicklung finden sich schon im justinianischen Recht, indem die Cond. „aus einer streng umgrenzten abstrakten Klage zur Verwirklichung eines Rückforderungsanspruchs, der dem strengen Recht zufolge auf ein Certum gerichtet ist, sich in eine actio in personam schlechthin verwandelte, eine Klage: ‚qua cum eo agitur, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum'".[2]) Freilich hatten sie damit noch keineswegs die Natur einer allgemeinen Bereicherungs-

---

[1]) vgl. Brinz a. a. O. § 300; v. Koschembahr a. a. O. S. 130; ferner Witte S. 329; Jacobi S. 241 ff.; v. Vangerow § 628 i. f. S. 412; Voigt a. a. O. S. 748. Savigny (System Bd. 5 S. 515) läßt ganz verallgemeinert die cond. sine causa überall da als Ersatz eintreten, wo die rei vindicatio verloren gegangen ist. Diese Ansicht widerlegt v Koschembahr a. a. O. S. 21. Vielleicht war Julian bei der Gewährung der cond. sine causa in l. 23 D. 12, 1 durch das S. C. Juventianum beeinflußt, welches den Erbschaftsbesitzer zwang, für konsumierte Vermögensstücke aus der Erbschaft das Surrogat an den wahren Erben herauszugeben, soweit er noch daraus bereichert war.

[2]) s. v. Mayr, Die Kond. S. 283. In der justinianeischen Zeit wurde wohl auch als Klagegegenstand nachdrücklicher die Bereicherung bezeichnet (v. Mayr S. 306 a. a. O.).

klage erhalten. Die Glosse ließ die Cond. sine causa generalis schon mit allen anderen Kondiktionen konkurrieren.[1])

Die Gestalt einer allgemeinen Bereicherungsklage (Cond. generalisima)[2]) nahm sie erst allmählich an. Cujacius bezeichnet als „eine der vier aequitatis naturalis causa eingeführten Kondiktionen die ‚Condictio de bene impensis'".[3])

Damit war also die Klagbarkeit des Impensenanspruchs mit der Condictio generalis — die fortan von der Cond. specialis[4]) unterschieden wurde — geschaffen. Ihre Begründung ruhte nur auf einer Quellenstelle, l. 9 pr. D. 12, 1: „certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto. Licet enim nobis ex omni contractu condicere, dummodo praesens est obligatio".

Die Stelle hat ihre Beweiskraft eingebüßt, seitdem Mitteis und Pernice unter Zustimmung von Lenel, Naber u. a. m. dieselbe als interpoliert nachgewiesen haben.[5]) Dernburg bemerkt dazu (Pand. Bd. 2 § 143 S. 379 Anm. 2), „von einer Konkurrenz der Cond. generalis mit anderen Klagen ist nicht die Rede, sondern nur von einem generellen Gesichtspunkt, unter welchem die verschiedenen Kondiktionen wissenschaftlich zusammengefaßt werden können". Der letzte war Baron, welcher — wie v. Mayr (Kond. S. 277) sagt — an diese Lehre von der allumfassenden Macht der Kondiktionen geglaubt hat.

§ 12.

Die Condictio possessiones.

Die andere Form der Condictio, welche für Impensenansprüche in Betracht kommen könnte, ist die Condictio

---

[1]) So die Glosse „est" zu l. 1 pr. D. 12, 7, zit. bei Dernburg Bd. 2 § 143 Anm. 2.

[2]) v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch S. 2.

[3]) Jacobi (a. a. O. S. 189 Anm. 34) zitiert dies aus Cujacius, Tractatum ad Africanum II.

[4]) vgl. Glück, Pand. Bd. 13 § 836; ferner Koch Anm. 23 zu § 171, Anm. 57 zu § 199 I, 16 ALR.

[5]) vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 1 § 131 S. 308 Anm. 6; v. Mayr a. a. O. S. 278—281 und die dort Angeführten.

possessionis. Sie ist wohl zuerst von Cujacius geltend gemacht worden, welcher die l. 33 D. 12, 6 mit der l. 60 D. 30 Julians in Verbindung bringt und darüber sagt: „denique ratio illa excludit tantum condictionem certi, non condictionem incerti (id est possessionis). Illi locus non est, nisi res facta accipientis fuerit: huic locus est, etiamsi res facta accipientis non fuerit“ (tom. VI ad Salv. Julianum p. 266).

In der von Cujacius angeführten l. 33 fehlen die beiden Voraussetzungen[1]) der Cond. possess., sei es das Besitzen ohne Rechtsgrund oder die indebite erfolgte Übertragung des Besitzes.

Widerrechtlich besitzt der Eigentümer nicht in dem Falle — wie schon Everardus Otto mit Bezug auf l. 33 D. 12, 6 richtig bemerkt[2]) —, wo er nur „rem suam occupat“, es sei denn „vi aut clam a possessore“. In diesem Falle kommt aber nicht die Cond. possess. in Betracht, sondern u. U. die Cond. furtiva, sonst das Interdictum „unde vi“.[3])

Wenn auch von „occupat“ die Rede ist, so kann doch dem ganzen Zusammenhang der Stelle nach eine widerrechtliche Besitzentziehung nicht vorausgesetzt werden.

Aus dem Inhalt der l. 33 kann man nur herauslesen, daß es sich um eine cond. rei betreffend den Wert der Inädifikation, nicht aber um Rückübertragung des Besitzes handelt.[4]) Denn wenn auch der Besitzer das Grundstück an den Eigentümer herausgegeben hat, so hat er doch nicht in Erfüllungsabsicht

---

[1]) vgl. Dernburg a. a. O. § 138 Bd. 2 S. 368 und die in Anm. 12 angeführten Schriftsteller.

[2]) Everardus Otto l. c. Cap. 33 p. 1270 VII: „qui aedificium in solo suo ab alio exstructum possidet, illud non possidet sine causa, sed justa ex causa, quam habet a jure civili, cum sit meum, quod in solo meo aedificatum est“.

[3]) Der Eigenbesitzer genießt auch dem Eigentümer gegenüber den Interdiktenschutz; er könnte also im Possessorium den Besitz wieder erlangen und nachträglich im Petitorium das Retentionsrecht geltend machen.

[4]) Dies beweist Trampedach durch Vergleichung der l. 33 cit. mit l. 60 D. 30 Julians (a. a.O. S. 104). Derselben Ansicht ist Brinz a. a. O. § 300 Note 23; Voigt a. a. O. S. 331; v. Mayr, Cond. S. 197, 217 ff.; v. Koschembahr a. a. O. S. 40; selbst Bruns (Besitzklagen S. 206), sonst ein Verteidiger der cond. possess., gibt dies für l. 33 zu.

ein Indebitum geleistet. Dem dominus steht der Fundus kraft dinglichen Rechts zu. Wenn nun der Eigenbesitzer ihm den Besitz einräumt, so bedeutet das für ihn nichts anderes, als daß er „rem suam habere incipiat"; von einer indebite erfolgten Leistung des Eigenbesitzers kann man also nicht reden („nihil accipientis[1]) faceret").

Aber auch andere Stellen, welche bisweilen wie l. 33 D. 12, 6 als von den Cond. possess. handelnd in Anspruch genommen worden sind, müssen nach der überzeugenden Beweisführung Trampedachs dem Bereich dieser Klage entzogen werden.[2])

Bei einigen anderen als cond. possess. bezeichneten Klagen der Quellen handelt es sich in Wirklichkeit um die Cond. furtiva.[3])

Wenn Cujacius a. a. O. und Bruns (Recht des Besitzes S. 31) die Condictio possessiones als Condictio incerti bezeichnen, so ist auch dies nicht aus den Quellen zu begründen, denn die einzigen beiden Stellen, welche als Condictio incerti possessionis bezeichnet werden, sind es in Wirklichkeit nicht. Die eine, l. 12 § 2 D. 13, 1, erweist sich als Cond. furtiva, wobei fälschlich incerti (statt eines gedachten certi) durch die Kompilatoren hinzugefügt[4]) ist. Das zweite Fragment, welches eine Condictio incerti possessionis enthält (Julian l. 19 § 2 D. 43, 26), ist aller Wahrscheinlichkeit nach ebenfalls durch die Kompilatoren verdorben,

---

[1]) Daß Julianus mit dieser Wendung dem Besitz einen Vermögenswert absprechen wollte, ist nicht anzunehmen, da zu seiner Zeit das Gegenteil anerkannt war (vgl. v. Koschembahr a. a. O. S. 40 und die dort Angeführten; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 194 S. 460 u.; v. Mayr (Savigny-Stiftung) S. 198; vgl. Ulpian l. 3 i. f. D. 43, 17: „Servii autem sententia est existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est: sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.

[2]) l. 13 pr. D. 39, 6; l. 4 § 2 D. 12, 1; l. 22 D. 36, 1; Trampedach S. 103, 109, 110 a. a. O. und die dort Zitierten; v. Mayr, Condictio S. 217/18.

[3]) Celsus l. 2 D. 13, 3; ders. l. 5 § 1 D. 47, 2; Tryphonin l. 31 § 1 D. 16, 3; vgl. v. Mayr, Condictio S. 217 ff. und die dort Angeführten.

[4]) Aristo l. 12 § 2 D. 13, 1: „incerti condictione acturum, si ea (res pignori data) subrepta est; vgl. v. Mayr, Savigny-Stiftung a. a. O. S. 195, 217.

indem an Stelle von „actio incerti“ „condictio incerti“ gesetzt worden ist.[1])

Das einzige Fragment, welches als echte condictio possessionis in Betracht kommen könnte, ist l. 15 § 1 D. 12, 6 (Paulus): „Sed et si nummi alieni dati sint, condictio competet, ut vel possessio eorum reddatur: quemadmodum si falso existimans possessionem me tibi debere alicuius rei tradissem, condicerem“. Es ist freilich auffällig, daß hier der Besitz von Geldmünzen, fungibelen Sachen, kondiziert wird. Daher bemüht sich auch v. Mayr (Condictio S. 219—221), die angeblichen Interpolationen aus dieser Stelle auszumerzen. Der Rest würde dann einen Rechtsfall ergeben, welcher den bei Besprechung der cond. sine causa erwähnten Fragmenten aus D. 12, 1 ähnlich wäre, wo statt der Eigentumsklage auf Rückzahlung des Geldes (nummi alieni dati) die Condictio gegeben wird.

Aber wenn man auch die Stelle für echt hält, so läßt sich darauf eine umfangreiche Anwendungsmöglichkeit nicht begründen.[2])

Im Gegenteil, Paulus macht zur Voraussetzung der Cond. possess., daß in der fälschlichen Annahme eines Schuldverhältnisses durch Übertragung des Besitzes eine Leistung in Er-

---

[1]) Julian l. 19 § 2 cit.: „Cum quid precario rogatum est, non solum interdicto uti possumus, sed et incerti condictione, id est praesriptis verbis“; v. Mayr, Savigny-Stiftung (S. 212ff.) meint, die actio praescriptis verbis habe die technische Bedeutung der a. incerti civilis gehabt; vgl. auch S. 212 Anm. 9, S. 213 Anm. 1—3 und die dort Genannten; ferner S. 217 ebenda. Jedenfalls ist die Stelle verderbt, wie Gradenwitz überzeugend nachgewiesen hat (vgl. Trampedach a. a. O. und v. Mayr, Condictio S. 185/86.

[2]) Bruns, Recht des Besitzes (§ 5 S. 31ff.) will die Condictio possessionis außer in elektiver Konkurrenz mit dem Interdictum „Unde vi“ auch in allen Fällen der Condictio sine causa in weiterem Sinne neben der Cond. rei gewähren. Also auch für den Fall, daß jemand den Besitz überträgt, weil er sich irrtümlich dazu verpflichtet glaubt, so daß der Empfänger den Besitz „sine causa“ innehat. Ein noch umfassenderes Anwendungsbereich hat die Cond. possess. bei Windscheid (§ 422 S. 810 Note 10 und bei Pfersche (S. 59 u. 65 a. a. O.). Freilich gibt letzterer zu, daß wenigstens Julian diese Form der Cond. noch nicht gekannt, sie also in l. 33 D. 12, 6 auch nicht gemeint haben kann.

füllungsabsicht erfolgt ist („si falso existimans me tibi debere possessionem"); Paulus stellt sich also auf den Boden der Julianschen Negotientheorie.

Damit ist verneint, daß der Eigenbesitzer den Besitz noch kondizieren darf, nachdem er unter Verzicht auf sein Retentionsrecht die Sache an den Eigentümer herausgegeben hat.

Aber selbst wenn im justinianeischen Recht die Cond. possess. wirklich eine größere Bedeutung erlangt haben sollte, während ihre Existenz im klassischen Recht mindestens zweifelhaft ist,[1]) so konnte sie doch keinen weiteren Zweck erfüllen als die possessorischen Interdikte und war deshalb von nur geringem Wert. Nur bei unfreiwilligem Verlust konnte also die Cond. possess. den Besitz — analog den Interdikten — dem Eigenbesitzer wieder verschaffen, so daß er noch nachträglich sein Retentionsrecht geltend machen konnte.

Hatte er aber die Sache freiwillig an den Eigentümer herausgegeben, so konnte dieser, mit der Cond. possess. beklagt, eigenes Eigentum vorschützen[2]) und so Abweisung der Klage herbeiführen. Wenn der Eigenbesitzer seine Verwendungen durch Einrede geltend zu machen unterlassen hatte, so mußte er selbst den Schaden tragen, die Cond. possess. mußte ihm ebenso versagt werden wie im gleichen Falle die cond. rei (indebiti); vgl. Julian l. 35 D. 12, 6.

§ 13.

Die actio contraria negotiorum gestorum.

Daß im römischen Recht so streng daran festgehalten wurde, die Klage auf Ersatz von Impensen zu versagen, wenn dieselben vom bonae fidei possessor quasi in rem suam gemacht waren,

---

[1]) vgl. Trampedach a. a. O. Die Cond. possess. stand sogar hinter den Interdikten zurück, weil diese auf vollen Schadensersatz, die Cond. possess. nur auf das Interesse des Besitzers geht (Trampedach a. a. O. S. 111 ff.); vgl. ferner v. Koschembahr a. a. O. S. 40 und die dort Angeführten; v. Mayr, Condictio S. 197, 217 ff.; Pernice a. a. O. S. 203 ff.

[2]) vgl. Dernburg, Pand. Bd. 1 § 188 S. 445.

hat — außer in der grundsätzlichen Bevorzugung des Eigentümers — auch wohl seinen Grund darin, daß im allgemeinen nur eine Klage aus einem Kontrakt (bezw. einem Delikt) gegeben wurde. Und als später den Kontraktsklagen die Klage aus der Geschäftsführung ohne Auftrag angegliedert wurde, hatte sie den animus obligandi des Geschäftsführers zur notwendigen Voraussetzung. (Daher ihre Bezeichnung als quasi-contract.)

Allein es finden sich Ausnahmen [1]) von dieser Regel gerade zugunsten von Impensenansprüchen, indem auch ohne Vorhandensein einer Verpflichtungsabsicht der Verwendende unter Umständen die Klage aus auftragloser Geschäftsführung gegen den Geschäftsherrn erhält.

Dieses scheinbare Aufgeben des strengen Prinzips in der Lehre von der negotiorum gestio einerseits, in der Impensenlehre andererseits, war den Schriftstellern des gemeinen Rechtes [2]) ein willkommener Anlaß, wissenschaftlich zu begründen, was schon in der Praxis lebensfähig war, indem eine actio utilis negot. gestor. contraria dem Besitzer als Verwendungsersatzklage gegeben wurde, und zwar hauptsächlich von solchen Juristen, welche eine Condictio incerti, überhaupt eine Bereicherungsklage im engeren Sinne, in diesem Falle nicht zu billigen vermochten.[3])

Es scheint wirklich, als ob schon das römische Recht auf diesem Wege die Beschränkung der Verwendungsansprüche auf das Retentionsrecht zu durchbrechen versucht hat. Allein es blieb bei einem Versuch, der eine Verallgemeinerung nicht zuläßt, da die in den Quellen erledigten Fälle einen ganz exklusiven Charakter haben.

---

[1]) vgl. im folgenden.

[2]) vgl. Stobbe, Zur Lehre von den Verwendungen auf eine fremde Sache S. 61 und die daselbst angeführten Schriftsteller.

[3]) C. F. Koch in seinem Komm. z. ALR. sagt zu I Tit. 13 § 261 Note 28: „Auch wenn jemand fremde Angelegenheiten besorgt, in der Meinung, daß er seine eigenen Geschäfte besorge, ist nach den Grundsätzen des ALR. die Forderung auf Erstattung der Kosten, soweit der andere reicher geworden ist, zulässig. Das römische Recht gestattete nur Zurückbehaltung der Sache. Die gemeine Gerichtspraxis aber ließ eine utilis negot. gestor. actio zu“.

Im gemeinen Recht dagegen neigte die Praxis[1]) besonders zu einer solchen actio utilis gegen den durch Verwendungen Bereicherten. In der Theorie hat Martinus zuerst eine solche Klage vertreten, nach ihm Godaeus u. a. m., alle von dem Gedanken geleitet, daß der, welcher nützliche Verwendungen auf eine fremde Sache macht, damit die Geschäfte des Eigentümers führt, auch ohne sich dessen bewußt zu sein. Die größere Zahl der Schriftsteller neigte aber mehr — außer zu den Kondiktionen — zu einer actio in factum oder rei vindicatio utilis, besonders bei dem wichtigsten Fall der Impensenansprüche, bei Bau auf fremdem Grundstück. Trotzdem schon Vinnius alle diese Theorien gerade mit Hinweis auf die l. 33 D. 12, 6 als unrömisch widerlegt hat,[2]) haben noch im 19. Jahrhundert verschiedene Schriftsteller den Versuch gemacht nachzuweisen, daß die actio contraria „die" Impensenklage des römischen Rechts gewesen sei, z. B. Lauterbach, Bucher, Glück, Sell, welche von Witte, Kämmerer, Jacobi, Francke und späteren Schriftstellern eingehend widerlegt worden sind.[3]) Zimmermann (a. a. O. S. 65) will eine utilis actio contraria negot. gestor. neben einer Cond. sine causa auf Herausgabe der Bereicherung geben, sobald das Retentionsrecht nicht mehr ausgeübt werden kann, bei Accession auch eine actio in factum (s. a. a. O. in fine).

§ 14.

Eine negotiorum gestio im Sinne des klassischen Rechtes liegt dann vor, wenn jemand fremde Geschäfte besorgt, ohne dazu ermächtigt oder verpflichtet zu sein. Der Geschäftsführer haftet dem Geschäftsherrn in jedem Falle für allen Schaden. Umgekehrt hat er eine Ersatzklage für Auslagen und Bemühungen gegen den dominus negotii, aber nur dann, wenn er die Absicht hatte, das Geschäft für diesen zu führen und ihn zu verpflichten. Wenn also der gutgläubige Besitzer „quasi in rem suam" Ver-

[1]) vgl. Gesterding S. 216; Koch, Stobbe a. a. O. S. 59 u. 62.

[2]) vgl. über die angeführten Gesterding a. a. O. S. 216ff.; Witte S. 4 u. 24; Jacobi S. 194; Kämmerer S. 149/50.

[3]) Die Ansichten älterer Schriftsteller bei Gilken, Commentar ad praecipuos Codicis Titulos, Frankfurt 1606, zit. bei Kämmerer S. 150.

wendungen macht, fehlen die Voraussetzungen der Geschäftsführung ohne Auftrag, und die actio contraria muß ihm versagt werden.[1]) Tatsächlich finden sich aber Ausnahmen davon in den Quellen, wenn auch in der Regel das Erfordernis des animus obligandi dort streng festgehalten wurde, wo der Geschädigte noch ein anderes Mittel zur Geltendmachung seiner Ansprüche hatte, z. B. das Retentionsrecht.[2])

Neben demselben wird dem gutgläubigen Besitzer zur Geltendmachung seiner Aufwendungen die actio contraria ausnahmsweise nur im Erbrecht gegeben, und auch dort nur in drei Spezialfällen. Dieselben sind aber so eigenartig, daß es unverständlich ist, wie Cocceji behaupten konnte, „so oft von einem nogotium hereditarium die Rede sei, welches der hereditatis possessor bona fide besorgt habe, müsse ihm die actio contraria aus der Geschäftsführung zugebilligt werden, außer dem Retentionsrecht".[3])

§ 15.

Die in den Quellen erwähnten Ausnahmefälle sind folgende: Der Erbschaftsbesitzer hat Pflichten der Pietät gegen den Erblasser erfüllt, in einem anderen Falle Erbschaftsschulden bezahlt und erhält die actio contraria gegen den wahren Erben, nachdem er versäumt hat, einredeweise gegenüber der hereditatis petitio Ersatz zu fordern.

In l. 50 § 1 D. 5, 3 gibt Papinian diese Klage dem Erbschaftsbesitzer wahlweise neben dem Retentionsrecht (aut retenturum aut ... actione repetiturum), weil er „conditionis implendae" dem Erblasser ein Monument gesetzt hat, „veluti hereditario negotio gesto".[4])

---

[1]) vgl. l. 14 § 1 D. 10, 3; l. 29 pr. eodem.

[2]) l. 14 § 1 i. f.: „Hoc enim casu, ubi quasi in rem meam impendo, tantum retentionem habeo".

[3]) Zit. bei Kämmerer S. 182; Cocceji folgen Thibaut, Mühlenbruch, Schweppe und zuletzt Sell a. a. O. § 51 i. F.; vgl. auch Zimmermann a. a. O. S. 67 ff.

[4]) Bei wörtlicher Übersetzung von „conditionis implendae" ist die

In zwei anderen Fällen — Paulus l. 32 D. 11, 7 und Ulpian l. 14, 16 eod. — hat der heres possessor den Erblasser bestattet. Er erhält mit der actio funeraria (einer Abart der negot. gestor. act. contraria) einen klagbaren Anspruch gegen den Erben. Und zur Begründung sagt Ulpian unter Berufung auf Labeo, entgegen der Ansicht von Trebatius und Proculus, „quasi negotium heredis gerens".

Wenn hier einzelne römische Juristen, ausnahmsweise und ohne damit allgemeine Anerkennung zu finden, von dem strengen Erfordernis des animus obligandi bei der Gewährung der actio contraria absehen, so kann einmal dabei die Rücksicht auf die Pietät mitgespielt haben, ein andermal wurde eine Art notwendiger Geschäftsführung für den wahren Erben fingiert. Denn es ist hier eine Verpflichtung erfüllt, die nicht eine bestimmte Person, „den L. Titius", sondern den „heres" als solchen obligiert. Der Erbe wird von dieser Verpflichtung durch die Leistung des anderen liberiert — das liegt in der Natur der Sache —, auch wenn der Erbschaftsbesitzer nur eine eigene Verpflichtung damit zu erfüllen glaubte.

Eine andere Fiktion findet sich bei Ulpian l. 1 D. 11, 7: „qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede".[1])

Durch solche Fiktionen suchen die römischen Juristen diese Ausnahmefälle gleichsam zu entschuldigen und damit aber auch eine Verallgemeinerung von der Hand zu weisen. Nur ein Fragment kann als der klassischen Impensenlehre widersprechend angeführt werden, ein Fall nämlich, wo der Erbschaftsbesitzer in gutem Glauben ein Legat ausgezahlt, bei Übergabe der Erbschaft diese Summe nicht retiniert hat und nun eine Klage gegen den Erben auf Erstattung erhält.

Klage darum doppelt begründet, weil der Besitzer durch Erfüllung der Bedingung dem wahren Erben die Erbschaft erhalten hat. Dem Sinne nach scheint es sich freilich nur um einen modus, eine Auflage, zu handeln.

[1]) Man könnte die a. contraria in diesen Fällen auch als einen Ersatz der cond. indeb. auffassen, welche in der Regel dem Erbschaftsbesitzer, der suo nomine eine Erbschaftsschuld bezahlt hat, gegen den Gläubiger zusteht. Gläubiger ist hier gleichsam der Erblasser; an seine Stelle tritt nun der wahre Erbe, er ist zur Rückzahlung verpflichtet.

Diese L. Ult. D. 3, 5 lautet i. F.: „sicut ex contrario in me tibi daretur (negotiorum gestorum actio), si, cum hereditatem, quae ad me pertinet, tuam putares, res tuas proprias legatas solvisses, quandoque de ea liberarer".[1])

Hier scheint Africanus, Julians treuer Schüler, der Lehre seines Meisters aufs schärfste zu widersprechen. Aber auch an anderer Stelle, wo er diesen selbst zitiert („respondit"), setzt er sich scheinbar in Widerspruch zu Julianus, wenn es l. 38 § 2 i. f. D. 48, 3 heißt: „cum possessor hereditatis existimans se heredem esse solverit, heres non liberatur: tunc enim propterea id evenire, quod ille suo nomine indebitam pecuniam dando repetitionem eius haberet". Hiermit stehen auch andere Fragmente in Einklang, z. B. Ulpian l. 31 D. 5, 3: „nam quod quis suo nomine solvat, non debitoris, debitorem non liberat". Wird der Erbe durch die Zahlung des Putativerben nicht liberiert, so hat dieser ja gegen den Gläubiger die condictio indebiti auf Rückgabe des irrtümlich Gezahlten.

Aus welchem Grunde wird dagegen der Erbe in der L. ultima D. 3, 5 doch durch die Zahlung des Erbschaftsbesitzers liberiert? Die Erklärung dieser Lex hat den Auslegern von jeher die größten Schwierigkeiten gemacht, wenn man sie einerseits mit der l. 38 D. 46, 3 Africans, andererseits mit l. 33 D. 12, 6 Julians in Einklang bringen wollte.

Die Glosse (Azo) läßt den possessor nicht suo nomine, sondern hereditario nomine zahlen; Cuiacius, Donellus und viele andere schließen sich dieser Konjektur an.[2]) Sie lassen also den Erbschaftsbesitzer hier für die Erbschaft als Vermögenskomplex zahlen. Nur findet sich dieses „hereditario nomine" gar nicht in den Quellen, sondern ist eine Erfindung der Glossatoren.

---

[1]) Brinz (Pand. § 321 Note 13) hält es für wahrscheinlich, daß die ganze zweite Hälfte der L. Ult. (zit.) ein Glossem ist, also auch der oben angeführte Schlußsatz „sicut ... liberarer". Auch Pernice (a. a. O. Bd. 3 S. 237 Anm. 4) hält dieses Fragment für „nicht ganz heil"; vgl. auch v. Mayr, Condictio S. 413, 417—418 und die dort Angeführten.

[2]) Zit. bei Kämmerer § 12 S. 185.

Eine andere Erklärung versucht Kämmerer (a. a. O. § 14 S. 341 ff.). Er führt aus: Als Legat ist vom Erblasser eine species vermacht, welche schon vor dem Erbfall dem späteren Erbschaftsbesitzer gehört hat. Von diesem hätte der wahre Erbe sie kaufen müssen, um sie dem Legatar zu verschaffen. Indem nun der Erbschaftsbesitzer selbst seine eigene Sache („res tuas proprias") dem Legatar übereignet, befreit er allerdings den Erben, weil der Legatar diese species nicht zweimal fordern kann. Kämmerer übersetzt also „quando" mit „weil", und v. Vangerow, der sich Kämmerers Konjektur anschließt, findet einen Beleg dafür in den Basiliken.[2])

v. Vangerow stellt demzufolge ganz allgemein den Satz auf: „Eine Geschäftsbesorgung auch ohne animus obligandi berechtigt den Erbschaftsbesitzer stets dann zur actio contraria, wenn der Erbe liberiert wird". — Nun ist es aber im römischen Recht die Regel, daß der wahre Erbe durch Begleichung einer Nachlaßverbindlichkeit seitens des Erbschaftsbesitzers nicht befreit wird. Vielmehr hat letzterer die Cond. indebiti gegen den Gläubiger auf Rückerstattung der bezahlten Schuld (Vermächtnis), wie Julianus selbst in l. 16 § 7 D. 5, 3 und Africanus unter Berufung auf Julian („respondit") in l. 38 § 2 i. f. D. 46, 3 entscheiden[2]) (übereinstimmend Gajus l. 17 D. 5, 3).

Wenn man nun nicht mit Brinz und Pernice annehmen will, daß die lex ult. cit. verderbt ist,[3]) so muß man wohl versuchen, erst jenen Widerspruch zu erklären, ehe man sich mit der anderen Frage befaßt, warum hier die Act. negot. gestor. contr. gegeben wird.

Eine solche Erklärung sucht Francke (a. a. O. S. 325 ff.) zu geben, und zwar mittels einer Auslegung, welche zu einem im allgemeinen befriedigenden Resultat führt.

Er nimmt an, daß die Auszahlung des Legates hier nach

---

[1]) „ἠλευθέρωμαι γάρ." v. Vangerow, Pand. Bd. 3 § 664 S. 504 Anm. 2 a.

[2]) vgl. v. Koschembahr a. a. O. S. 126.

[3]) Windscheid a. a. O. § 430 N. 17 hält die a. contraria hier nur für eine Form der cond. sine causa wie in l. 23 D. 12, 1.

Erhebung der Erbschaftsklage durch den gutgläubigen Besitzer erfolgt ist, etwa weil der Legatar auf Herausgabe des Vermächtnisses geklagt hat. Als Beleg dafür gibt er eine Parallelstelle aus dem Kodex an (c. 12 ult. § 1 C. III, 31). Diese Konstitution Justinians behandelt zweifellos eine Leistung des Besitzers zugunsten der Erbschaftsmasse — Bezahlung einer Erbschaftsschuld — nach Erhebung der Hereditatis petitio.[1])

Unter diesen Umständen leistet der Besitzer zwar nicht direkt für den Gegner,[2]) aber doch mit dem bonus dolus eventualis, daß der Gegner befreit, also auch verpflichtet werden soll für den Fall, daß er die Erbschaft erstreitet. Daher hier die actio negot. gest. contraria, denn der Kläger hat ja tatsächlich mit dem animus obligandi ein fremdes Geschäft geführt.

In einem gleichen Zusammenhang würde auch jener andere Satz verständlich sein, dessen Erklärung so viel Schwierigkeiten gemacht hat: „repeti a creditoribus, qui suum receperint, non potest“ (l. 44 D. 12, 6; c. 5 C. III, 31).[3]) Denn nun können die Gläubiger der Erbschaft den possessor hereditatis mit der exceptio doli abweisen, wenn er gegen sie mit der condictio indebiti klagt, da er sich lediglich an den wahren Erben halten kann.

„Quando“ ist hier also in seiner gewöhnlichen Bedeutung übersetzt, „wenn“, das heißt wenn ausnahmsweise der Erbe liberiert werden soll, z. B. auch dann, wenn der Erbschafts-

---

[1]) Nachdem davon die Rede gewesen ist, daß Hereditatis possessor wie Testamentserbe noch vor endgültiger Entscheidung des Erbschaftsstreites Verträge des Erblassers oder Lasten der Erbschaft mit befreiender Wirkung für den rechten Erben erfüllen könnten, heißt es in § 1b: „Postquam etenim hereditatis petitionis judicium finem accipiat, tunc inter petitorem hereditatis et possessorem rationibus contractis non aliter possessor, si victus fuerit, hereditatem restituere compellitur, nisi pro omnibus, quae rite ab eo gesta sunt, petitor ei satisfaciat“.

[2]) Donellus XIV Kap. 13 S. 292 a. a. O.: „negotium videlicet hereditatis bona fide gerens, non ut praedones solent, suum; ut solutio cederet in rem heredis, sive ipse heres esse postea declararetur, sive petitor“.

[3]) Dernburg, Pand. Bd. 2 § 141 Anm. 14: l. 44 D. 12, 6 muß sich notwendig auf Fälle beziehen, in denen die Zahlung nicht geschah „quasi ipse debeat“. Vgl. Oertmann im Arch. f. ziv. Prax. Bd. 82 S. 457.

besitzer die Cond. indebiti gegen die Gläubiger dem wahren Erben zediert[1]) und dieser mit der Annahme der Zession die Geschäftsführung durch den Erbschaftsbesitzer stillschweigend anerkannt hat.

Die Zession der Klage an den Erben muß der Besitzer dann vornehmen, sobald er sich durch Retention der Erbschaft Ersatz für die getilgte Erbschaftsschuld verschafft hat; so Gaius l. 17 i. f. D. 5, 3.

Will man aber auch diese von Francke eingehend begründete Erklärung nicht annehmen, so kann man andererseits doch nicht den Schluß ziehen, daß diese einzige Quellenstelle die von anderen Juristen häufig bestätigte Impensenlehre Julians umstoße. Auch entspräche ein solch bewußter Gegensatz schon gar nicht dem Charakter Africans, der sonst in verba magistri schwört. Und wenn wirklich hier eine Ausnahme gemacht werden soll, so ist sie darum berechtigt, weil mit der Befreiung des Erben von der Schuld der gutgläubige Besitzer die ihm sonst gegen den Legatar zustehende cond. indebiti verliert. Es ist auch nicht unwahrscheinlich, daß African sich in dieser Entscheidung durch das S. C. Juventianum (bekanntlich aus der Zeit Julians) hat beeinflussen lassen, welches den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer vor Schaden bewahren will, ohne ihm freilich ausdrücklich ein Klagerecht zu gewähren.

§ 16.

Einen besonderen Versuch, einen wenigstens teilweisen Ersatz der Impensen mittels der Klage aus Geschäftsführung ohne Auftrag aus Quellenstellen zu rekonstruieren, macht

---

[1]) Witte a. a. O. S. 26ff. Nach Julianus l. 16 i. f. D. 5, 3 ist der Erbschaftsbesitzer, welcher Vermögensstücke aus der Erbschaft als Vermächtnisse fortgegeben hat, befugt, an Stelle eines Ersatzes derselben die Cond. indebiti gegen den Vermächtnisnehmer dem Erben zu zedieren, vorausgesetzt, daß jene Vermögensstücke noch existieren, „et potest petitor etiam per in rem actionem eas vindicare. Vgl. auch Julian l. 61 i. f. D. 12, 1.

Gesterding, trotzdem er sonst die actio contraria aus der sogen. unechten negotiorum gestio nicht gelten lassen will. Weil seine Ausführungen gerade mit Bezug auf die l. 33 D. 12, 6 auf den ersten Blick etwas Bestechendes haben — es hat sich auch Brinz (Pand. Bd. 2 § 321 c) ihm angeschlossen —, so ist es wohl erforderlich, ihn hier kurz zu widerlegen. Gesterding sagt (a. a. O. S. 214 ff.) etwa folgendes: „Die actio neg. gestorum wurde eingeführt, weil das römische Recht es für billig hielt, daß der Eigentümer sich nicht zum Schaden des Besitzers bereichere. Derselbe Julian, der in l. 33 eine Klage auf Ersatz der Verwendungen dem bonae fidei possessor versagt, der gibt sie in einem gleichen Falle dem malae fidei possessor, freilich nur so weit, als der dominus noch bereichert ist. Er scheint sich also selbst untreu geworden zu sein. Und doch, der scheinbare Widerspruch ist leicht zu lösen. Nur die Klage auf Ersatz der Verwendungen versagt Julian, nicht aber die Klage auf Ersatz der Bereicherung, soweit dieselbe aus Impensen herrührt. Eine solche ist also auch im Falle der l. 33 zulässig, ein Widerspruch zwischen den beiden Entscheidungen Julians nicht vorhanden".

M. E. operiert Gesterding hier mit Sophismen und zieht einen Trugschluß aus der von ihm angeführten l. 5 § 5 D. 3, 5 (wo Julian von Ulpian zitiert wird). Die Stelle lautet: „Sed si quis negotia mea gessit, non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depraedandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. ipse tamen, si circa res meas aliquid impenderit, non id, in quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in id, quod ego locupletior factus sum, habet contra me actionem".[1]) Die Gewährung der actio contraria negotiorum gestorum (eine solche kann aus dem Zusammen-

[1]) Vielleicht ist diese Stelle auch verderbt. Mit Julian l. 37 D. 6, 1 verglichen fällt auf, daß dort dem mal. fid. possessor die Retention versagt wird, während das jus tollendi gewährt, aber fraglos interpoliert ist (vgl. im folgenden Abschn.); vgl. auch c. 5 § 1 C. III, 32.

hang nur gemeint sein) an den malae fidei possessor steht gar nicht so sehr in Widerspruch mit der Versagung derselben an den gutgläubigen Besitzer.[1])

Von dem mala fide possessor kann es nie heißen, daß er quasi in rem suam impendit, denn er hat notwendigerweise stets das Bewußtsein, daß er es mit einer fremden Sache zu tun hat. Aus diesem Grunde haftet er nicht bloß dem Eigentümer für allen Schaden, sondern hat auch alle Bereicherung aus der fremden Sache, namentlich aus den gezogenen Früchten herauszugeben. Und wenn er nun Aufwendungen auf die fremde Sache gemacht hat, welche entweder durch das Erfordernis einer ordnungsmäßigen Wirtschaft geboten waren oder in anderer Weise für den Eigentümer von Nutzen sein können, soll er diese Opfer umsonst gebracht haben? — Der exceptio doli kann sich der schlechtgläubige Eigenbesitzer nicht[2]) wie der bonae fidei possessor bedienen, schon nicht bei mala fides superveniens. — Nicht einmal die possessorischen Interdikte können ihm helfen, wenn er „vi aut clam ab altero“ besitzt.

An sich ist also der mala fide possessor dem Eigentümer gegenüber völlig rechtlos. Wenn Paulus (l. 38 D. 5, 3) dem schlechtgläubigen Erbschaftsbesitzer trotzdem Ersatz der Verwendungen zubilligt, und zwar nur dann, wenn der wahre Erbe dadurch bereichert ist, so stellt dies ein völliges Novum dar.[3])

Er selbst begründet es mit besonderen Billigkeitsrücksichten („sed benignius est“); das Motiv dieser Vergünstigung war vielleicht die Strenge, mit der gegen schlechtgläubige Erbschaftsbesitzer vorgegangen wurde (crimen expilatae hereditatis). Eine

---

[1]) So sagt schon Everardus Otto (l. c. tom. 2 cap. 23 p. 1270 V) zu dieser Stelle unter Berufung auf Anton Faber: „ideo actionem dari, quia retentionem non habeat, re vera tamen aliquomodo cum eo contraxit, quasi negotiorum gestor“.

[2]) Dies ist ausdrücklich von Julian in l. 37 D. 6, 1 und von Gajus in l. 7 § 12 D. 41, 1 bezeugt.

[3]) vgl. Pernice Bd. 2 S. 388/89. Auch im Kodex findet sich eine Stelle (c. 5 § 1 C. III, 32), wo dem male fidei possessor Ersatz der Impensen zugebilligt wird, aber nur auf Imp. necessariae beschränkt, während für Imp. utiles nur ein jus tollendi gewährt wird (ebenso ALR. I, 7 §§ 233 bis 238).

Verallgemeinerung läßt dieser Spezialfall nicht zu, denn nicht die exceptio doli verhilft jenem zum Impensenersatz, sondern die Verwendungen werden officio judicis berücksichtigt, wobei Paulus formell das Wesen der Erbschaftsklage zu Hilfe kommt.[1]) Um eine Impensenklage handelt es sich auch hier nicht.

Was nun das Julian sche Fragment (l. 5 § 5 D. 3, 5) anbelangt, so ist darin von eigentlichen Impensen überhaupt nicht die Rede. Nur gelegentlich[2]) einer echten negotiorum gestio hat der Geschäftsführer in selbstsüchtiger Absicht Aufwendungen gemacht, die formell als ein Akt der negotiorum gestio anzusehen sind, weil jener fortdauernd das Bewußtsein hat, es mit einer fremden Sache zu tun zu haben.

Und wenn auch materiell in l. 5 cit. den in eigennütziger Absicht Verwendenden ein gleicher Ersatz zugebilligt wird wie dem schlechtgläubigen Erbschaftsbesitzer in dem zitierten Paulus-Fragment, formell kann doch die actio contraria aus der Geschäftsführung nur dann Platz greifen, wenn auch die a. directa zulässig ist; nur wo einer dem dominus mit der a. directa haftet („tenebitur"), nur da kann er Gegenansprüche mit der a. contraria geltend machen, vorausgesetzt, daß er den animus alienum negotium gerendi hatte. Dem gutgläubigen Eigenbesitzer,[3]) welcher begrifflich nie den animus obligandi hat, kann daher auch niemals die a. contraria gegen den Eigentümer zustehen.

Wenn also Julian mit Bezug auf den bonae fidei possessor sagt: „nullo alio modo quam per retentionem impensae servare", dann schließt er eben jede Klage aus, auch die „in id, quod locupletior factus est dominus".

---

[1]) Pernice a. a. O. Bd. 2 S. 255 Anm. 1 und S. 235 Anm. 2.

[2]) Häufig werden mit einer negotiorum gestio Impensen verbunden sein, umgekehrt ist aber noch lange nicht durch jede Aufwendung eine Geschäftsführung begründet.

[3]) Dieselbe Differenzierung zwischen dem mala fide negotium gerens und dem, welcher gutgläubig ein fremdes Geschäft als sein eigenes führt, macht auch das BGB. in § 687 Abs. 1 u. 2. Auch hier hat nur der erstere die Klage aus der Geschäftsführung (contraria) gegen den bereicherten Geschäftsherrn.

§ 17.

Die actio in factum.

Unter den Bereicherungsklagen des gemeinen Rechtes galt die actio in factum als eine nur auf aequitas beruhende Klage, welche als Erweiterung der cond. sine causa subsidiär überall dort Platz greifen sollte, wo eine andere Ersatzklage fehlte, also auch speziell als Klage auf Impensenersatz. Eine solche „actio in factum subsidiaria“ kennt schon Bartolus (s. v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch usw. S. 4); unter den späteren deutschen Juristen z. B. Holzschuher (s. Jacobi a. a. O. S. 191) und Koch in seinem Lehrbuch des preuß. Privatrechtes (s. Jacobi S. 167).

Eine ähnliche Rolle spielte im gemeinen Recht teilweise auch die actio de in rem verso[1]) utiles, die sich aus der gleichnamigen actio adjecticiae qualitatis des klassischen Rechts zu einer Bereicherungsklage erweiterte, aber in der Regel immer noch eine Mittelsperson voraussetzte und daher hier außer Betracht bleiben kann. Partikularrechtlich, zum Teil auch im allgem. Landrecht, hat sie aber selbst diese Fessel abgestreift und ebenfalls den Charakter einer allgemeinen subsidiären Bereicherungsklage angenommen.[2])

---

[1]) In der Note zu § 228 ALR. I Titel 13 S. 213/14 sagt Koch: „Noch jetzt wird mitunter von der actio de in rem verso (Verwendungsklage) wie von einem subsidiarischen Universalklagemittel gesprochen, welches überall da hilfebringend sein soll, wo zwischen zwei Personen etwas derart vorgekommen ist, daß die eine von der anderen etwas empfangen hat, ohne daß sie dadurch verbindlich gemacht worden ist ... Seuffert vergleicht sie nicht ohne Wahrheit mit einer von Quacksalbern ausgebotenen Universalmedizin“. Die „actio de in rem verso sei vielmehr eine der a. quod iussu“ analoge a. adjecticiae qualitatis, fügt Koch hinzu.

[2]) vgl. Engelmann, Lehrb. d. ALR. S. 347/48; Koch klagt a. a. O. S. 225 Note 18 zu § 274 I, 13 (auch zu § 228) darüber, daß die Verwendungsklage (actio de in rem verso) und „die auf Billigkeit beruhende Bereicherungsklage“ von dem Gesetzgeber im ALR. nicht auseinandergehalten, sondern unter dem Titel „Von nützlichen Verwendungen“ zusammengefaßt, und daß auf die prinzipiellen Unterschiede beider keine Rücksicht genommen sei, so auch im Titel 15 §§ 28—32, nämlich auch beim Verwendungsanspruch des gutgläubigen Besitzers. Aus § 262 I, 13

Diejenigen, welche der gemeinrechtlichen actio in factum einen klassischen Mantel umzuhängen sich bemühten, stützen sich bei ihrem Versuch auf ein einziges Fragment der Digesten: l. 23 § 5 D. 6, 1, so z. B. Joh. Böhmer, Brinkmann, Puchta und Sell.[1])

Letzterer weiß die Verallgemeinerung der actio in factum nicht anders zu begründen (a. a. O. §§ 38, 49—55), als daß die in l. 33 D. 12, 6, l. 14 D. 44, 4 u.. l. 14, 29 D. 10, 3 aufgestellte Lehre nur „ein jus singulare" sei. — Zimmermann (gegen Ende seines angeführten Werkes) bezeichnet die l. 33 D. 12, 6 ebenfalls als ein Überbleibsel[2]) aus älterer Zeit, und Windscheid neigt in seinem Vortrag „Zwei Fragen usw." auch noch zu dieser Auffassung, während allerdings in seinen Pandekten (§ 422 Anm. 7, von Kipp besorgte Ausgabe) die Beweisführung Zimmermanns als sehr gewagt gekennzeichnet ist.

Pfersche (a. a. O. S. 54ff., 84) beschränkt die Anwendbarkeit der A. i. fact. auf die Fälle, wo ein Eigentumsverlust durch Accession eingetreten ist. Er hält demzufolge die A. i. fact. nicht eigentlich für eine Bereicherungsklage, sondern läßt sie aus „einem inhaltlich abgeschwächten Eigentumsanspruch" (S. 57 a. a. O.) entspringen, übrigens unter Berufung auf Jhering. Pfersche sieht also in der A. i. fact. „nichts anderes als jene von den älteren Lehrmeinungen vertretene rei vindicatio utilis, mit welcher der gutgläubig auf fremden Boden Bauende den Ersatzanspruch für sein verbautes Material geltend macht".

---

könne daher je nach der Beschaffenheit des besonderen Falles entweder die actio negotiorum gestorum, oder eine Kondiktion, oder die Bereicherungsklage gegeben werden, wenn Geber und Empfänger sich unmittelbar gegenüberstünden, bei einer Mittelsperson als Geschäftsbesorger die a. de in rem verso (S. 121/22 Note 4 zu § 262).

[1]) Widerlegungen dieser Ansicht bei Kämmerer S. 153; Witte S. 4ff.; Jacobi S. 177ff.; Pernice, Labeo Bd. 2, 1 S. 317ff.; v. Monroy S. 175; v. Mayr (Condictio) S. 305; die ältere Literatur besonders bei Kämmerer a. a. O. und Gesterding S. 216.

[2]) Zimmermann (S. 90—95) sucht diese A. i. f. über den Geltungsbereich einer vindicatio utilis auf alle Impensenansprüche auszudehnen und gibt ihr den Charakter einer a. negotiorum gestorum contraria; ihn widerlegt Brinz, Pand. Bd. 2 S. 2 § 321 Anm. 55.

In dieser Auffassung stellt sich die Actio i. fact. als eine Art Impensenklage dar, welche entweder ein jus tollendi[1]) bezüglich des verbauten Materials oder den entsprechenden Wertersatz zur Geltung bringt.

§ 18.

Aus dem Zusammenhang herausgerissen, kann allerdings das Fragment (l. 23 D. 6, 1), auf welches sich alle jene Schriftsteller stützen, zu der Annahme führen, als ob die Lehre Julians von dem Ersatz der Impensen später aufgegeben worden sei. Bei näherer Betrachtung der ganzen Stelle, welcher jener Satz entnommen ist, verliert jedoch derselbe alle Beweiskraft für die Sell-Zimmermannsche Theorie.

In §§ 2 u. 3 der Lex 23 cit. ist von Verbindung und Spezifikation beweglicher Sachen die Rede. „In omnibus igitur istis", schließt der § 4 daran an, „in quibus mea res per praevalentiam alienam rem trahit meamque efficit, si eam rem vindicem, per exceptionem doli mali cogar pretium eius, quod accesserit, dare". Dann folgt die berühmte Erörterung über ferruminatio und adplumbatio und schließlich der Satz: „Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est".

Es handelt sich also in diesem Zusammenhang um die Verbindung beweglicher Sachen. Zwei Mobilien stehen sich selbständig gegenüber. Sie werden durch Zufall oder menschliche Tätigkeit miteinander verbunden. Jeder der bisherigen Eigentümer kann in der Regel Trennung mit der Actio ad exhibendum herbeiführen, z. B. im Falle einer „adplumbatio". — Aber wenn die Verbindung eine solche ist, daß eine Trennung gleichbedeutend mit Zerstörung eines der beiden oder des neuent-

---

[1]) So will z. B. Cujacius (Observat. X cap. 4) dem Beklagten auf Grund von l. 19 § 4 D. 19, 2 eine A. i. fact. auf Gestattung der Fortnahme gewähren, wenn er die Sache herausgegeben hat. Hierzu bemerkt Bethke (a. a. O. S. 41) mit Recht, daß der einem Kontraktsverhältnis entspringende Anspruch des Mieters — von welchem die zit. Lex allein handelt — sich nicht auf das Verhältnis von Eigenbesitzer zu Eigentümer ausdehnen lasse.

standenen Gegenstandes sein würde, dann wird die Actio ad exhibendum versagt aus rein wirtschaftlichen Gründen. Eigentümer des Ganzen wird der, dessen Sache „prävalierte", gleichsam die schwächere an sich gezogen hat. Das Sondereigentum an dieser erlischt also zum Nachteil ihres früheren Herrn. — Wann nun dieser Fall eintritt, wann also die actio ad exhibendum, bezw. die rei vindicatio versagt werden muß, das ist Sache der Entscheidung im Einzelfalle.

Und in diesen Einzelfällen, „in omnibus his casibus", welche in den §§ 2—4 der l. 23 durch Beispiele erläutert werden (ferruminatio), soll die Actio in factum an die Stelle der verlorenen A. ad exhibendum, bezw. der rei vindicatio treten, um dem Eigentümer der untergegangenen Nebensache zum Ersatz ihres Wertes zu verhelfen.

Wenn dieser dagegen selbst in dem Besitz der neu entstandenen Verbindung ist, so kann er auch nur einredeweise gegenüber der rei vindicatio des Eigentümers der ursprünglichen Hauptsache, also mit der exceptio doli, seine Ersatzansprüche geltend machen (l. 23 cit. § 4; l. 9 §§ 1 u. 2 D. 41, 1, § 34 J. II, 1).

„Ideoque in omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem locum habet, in factum actio necessaria est. — at in his corporibus, quae ex distantibus corporibus essent, constat singulas partes retinere suam propriam speciem", fährt der Jurist gleich in § 5 l. 23 fort.

§ 19.

Das paßt natürlich nicht auf die Verbindungen von Mobilien mit Immobilien, denn dafür gilt ja unterschiedslos der Satz: „Superficies solo cedit". In diesem Falle stehen sich also nicht zwei selbständige Sachen, Haus und Grundstück, gegenüber, sondern jeder einzelne Ziegel, jeder Balken wird Eigentum des Grundherren, sobald er mit dem Boden verbunden wird, auch wenn er bisher einem andern gehörte (vgl. u. a. l. 39 D. 6, 1; l. 9 pr. D. 41, 1).

Die erwähnte Actio in factum bezieht sich also nicht auf die Rechtslage bei einer Inaedificatio. Auch insofern paßt sie

nicht hierher, als sie doch an Stelle einer unter bestimmten Voraussetzungen entfallenden actio ad exhibendum treten soll,[1]) letztere aber bei Inaedificatio (auch bei Implantatio) a priori ausgeschlossen ist.

Eine Actio ad exhibendum auf Abtrennung des eingebauten Materials hatten nämlich ganz allgemein schon die XII Tafeln[2]) verboten. Dafür haben sie die a. de tigno juncto auf Ersatz des doppelten Wertes gegeben. Ursprünglich eine Klage wegen eines Furtum (vgl. l. 63 D. 24, 1; l. 1, 2 D. 47, 3), wurde später — unter Betonung des objektiven dolus — diese Klage gegen den, aber nur gegen den gegeben, welcher fremdes Material im eigenen Grundstück verbaut hat.[3])

In gleichem Zusammenhang[4]) spricht Paulus in den §§ 6 und 7 derselben l. 23 auch von der Verbindung beweglicher Sachen mit unbeweglichen, von der a. de tigno juncto schließlich von der Vindikation des durch den fremden Grundeigentümer verbauten Materials, sobald dasselbe wieder von dem Bau getrennt ist (es handelt sich also um ein Wiederaneignungsrecht). Eine Actio in factum erwähnt Paulus an dieser Stelle nicht.[5])

---

[1]) vgl. auch l. 9 § 4 D. 10, 4 (Ulpian) und l. 1 § 17 D. 36, 3 (Marcellus bei Ulpian), wo eine a. in factum, bezw. eine utilis actio statt der a. ad exhibendum — freilich in anderem Zusammenhang — gegeben wird.

[2]) Aus baupolizeilichen Rücksichten: „Ne urbs ruinis deformetur" (Pernice l. c. II p. 381). Dieses Verbot trifft auch den, welcher eigenes Material auf fremdem Grund und Boden selbst eingebaut hat (vgl. Julian l. 59 D. 6, 1; Gajus l. 7 § 12 D. 41, 1).

[3]) Pernice a. a. O. S. 319 u. 382; Dernburg, Pand. Bd. 1 § 208 S. 493 Anm. 6. Im Gegensatz zu der Lehre der XII Tafeln, die Paulus auch an anderer Stelle, nämlich l. 6 D. 10, 4, vertritt, geben Paulus in l. 23 § 6 D. 6, 1 und Ulpian l. 1 i. f. D. 47, 3 neben der actio de tigno juncto eine a. ad exhibendum gegen den, welcher mala fide fremdes Material verbaut hat: „nec enim parci oportet ei, qui sciens alienam rem aedificio inclusit vinxitve". Dies ist wohl als eine Neuerung der späteren Zeit anzusehen (vgl. Pernice a. a. O. S. 388 ff.; Sommerbrodt S. 11).

[4]) Also nicht von Bau auf fremdem Boden.

[5]) Statt einer solchen rei vindicatio nach erfolgter Trennung des Baumaterials wird allerdings in l. 43 D. 6, 1 eine actio in factum gegen den Grundeigentümer gegeben, welcher fremde Steine in seinem Monumentum eingebaut hatte. Diese a. in fact. ist aber ausdrücklich als eine actio

§ 20.

Aber vielleicht konnte jene Actio in factum dem Eigenbesitzer dazu verhelfen, ein jus tollendi an solchen Gegenständen geltend zu machen, welche jure accessionis Eigentum des Grundherrn geworden waren.

Dieser Annahme aber widerspricht schon der Umstand, daß ein solches Abtrennungsrecht an einem Gegenstand der Inaedificatio in seiner Wirkung der Actio ad exhibend. völlig gleichkommen, also mit dem Verbot der XII Tafeln kollidieren mußte.

Das jus tollendi kommt aber lediglich als subsidiärer[1]) Verwendungsersatzanspruch in Betracht, und zwar als die mildeste Belastung des Eigentümers, hauptsächlich dessen Interesse dienend.

Es ist wie jeder andere Impensenanspruch gegen rei vindicatio und Hereditatis petitio nur ein Defensivmittel, durch exceptio oder officio judicis zur Geltung gebracht.[2]) Als selbständiger Anspruch tritt es nie in Erscheinung, denn das entsprechende Offensivmittel war die act. ad exhibend.[3])

An einzelnen Stellen, wo von einer Fortnahme des verbauten Materials die Rede ist, kann man überhaupt schwerlich von einem „jus“ tollendi sprechen, da es sich dort um ein „pati“ und „permitti“ tollere seitens des Grundeigentümers handelt (vgl. l. 27 § 5 l. 38 D. 6, 1; l. 9 D. 25, 1).

Wenn in l. 39 § 1 D. 5, 3 sogar dem schlechtgläubigen Erbschaftsbesitzer die Abtrennung hinsichtlich der Impens. voluptuariae gestattet wird, so verdankt er dies lediglich der Machtbefugnis des Beamtenrichters im amtsrechtlichen Verfahren, da ihm ja die exceptio doli versagt ist.[4]) Dadurch wird die An-

---

„extra ordinem“ bezeichnet, dem locus religiosus Rechnung tragend, denn: „Quae religiosis adhaerent, religiosa sunt et idcirco . . . vindicari non possunt“.

[1]) vgl. Bethke a. a. O. S. 43; Sommerbrodt a. a. O. S. 33.

[2]) vgl. Bethke a. a. O. S. 41 und die Anm. 1 Zitierten; Sommerbrodt a. a. O. S. 23 und die dort Anm. 4 u. 5 Zitierten.

[3]) vgl. Sommerbrodt a. a. O. S. 10 u. 11 und die dort angeführten Schriftsteller und Quellenzitate.

[4]) vgl. Pernice a. a. O. Bd. 2 S. 383 u. 388.

nahme widerlegt, als ob man es hier mit einem klagbaren, weil ohne exceptio wirkenden, selbständigen Anspruch zu tun habe. Schon der bloße Wortlaut spricht gegen jene Annahme: „ut tamen potestas ei fieret, tollendorum eorum, quae sine detrimento ipsius rei tolli possunt".

Überhaupt ist es nicht unwahrscheinlich, daß der eben zitierte Satz eine Zutat der Kompilatoren zu dem erwähnten Gajus-Fragment (l. 39 cit.) ist.[1])

Von einem korrespondierenden Julianus-Fragment (l. 37 D. 6, 1) hat man den ein jus tollendi enthaltenden Schlußsatz schon lange für unecht gehalten.[2])

Auch für l. 38 D. 6, 1 (Celsus) haben Eisele und Pernice eine Interpolation des sogen. jus tollendi angenommen.[3])

So kommt denn Pernice und ihm folgend Sommerbrodt in eingehender Begründung zu dem Resultat, daß für das klassische Recht ein echtes jus tollendi überhaupt nicht bestanden hat, daß es aber auch im justinianeischen Recht gegen Hered. petit. und rei vindicat. nur durch Retention geltend zu machen, also kein selbständiger Anspruch, geschweige denn ein Selbsthilferecht war.[4])

Bei Versagung der Impensenersatzklage dem Eigenbesitzer eine besondere Klage zur Geltendmachung des Abtrennungsrechtes nach Herausgabe des Grundstücks an den Eigentümer zu gewähren, wäre nicht bloß inkonsequent, sondern geradezu eine Ungeheuerlichkeit gewesen. — Denn da ja die Verurteilung zu einer Geldsumme erfolgen mußte, wenn der beklagte Eigentümer nicht restituieren wollte, so wäre eine derartige Klage auf das Interesse gegangen, also auf Ersatz wie bei jeder anderen Aufwendung.

Dagegen hat der Grundeigentümer nur den hypothetischen realen Wert, welchen der betreffende Gegenstand nach der

---

[1]) vgl. Pernice a. a. O. S. 391.

[2]) Faber (rationalia adhl.); Cujaz ad Salv. Jul. Dig. 1, 8 opp. 6, 43, zit. bei Pernice a. a. O. S. 384; M. Huber, Eunomia juris p. 313 ff., zit. bei Sommerbrodt a. a. O. S. 13.

[3]) vgl. Bethke a. a. O. S. 40.

[4]) vgl. Sommerbrodt a. a. O. S. 21—23, 33—37.

Abtrennung haben würde, dem Eigenbesitzer zu ersetzen, wenn er von dem nach l. 38 D. 6, 1 [1]) ihm zustehenden Auslösungsrecht zur Vermeidung der Abtrennung Gebrauch macht.

Noch andere Widersprüche würden sich ergeben, wenn man an der Hypothese festhalten wollte, der Eigenbesitzer, speziell der schlechtgläubige,[2]) hätte ein klagbares jus tollendi besessen.

Es handelte sich nach dem Sinn aller der Stellen, wo ein solches genannt ist, nur um die reale Abtrennung, welche nur ohne Schädigung des Grundeigentümers vorgenommen werden durfte und von einer cautio damni infecti (l. 19 § 4 D. 19, 2) abhängig gemacht werden konnte.

Und weiter läßt der Wortlaut jener Stellen: „ut tamen potestas ei fieret“ (l. 29 § 7 D. 5, 3) „sufficit tibi permitti tollere“ (l. 38 D. 6, 1) „licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos aufferre“ (c. 5 C. 3, 32) auch nicht eine Spur von einer Klage entdecken.

Schließlich wäre dadurch widersinnigerweise das Kleinere — das subsidiäre jus tollendi — vor dem Größeren — den Impensae necessariae — bevorzugt worden.

In keiner Weise läßt sich also aus der l. 23 D. 6, 1 eine Impensenklage herleiten.

§ 21.

Wo sich sonst in den Quellen eine jener a. i. fact. synonyme Klage findet, meist unter der Bezeichnung utilis actio in rem, auch utilis vindicatio oder bloß utilis actio, handelt es sich einmal um Fälle von Verbindung, Vermischung oder Spezifikation.[3])

---

[1]) „Si paratus est dominus tantum dare, quantum habiturus est possessor his rebus ablatis, fiat ei potestas“.

[2]) vgl. l. 27 § 5 l. 37; D. 6, 1 c. 5; C. 3, 32. Dagegen wird in l. 7 § 12 D. 41, 1 dem mala fide possessor das jus tollendi versagt, „quod temere aedificavit“. Eine Erklärung dieses Widerspruchs bei Pernice a. a. O. Bd. 2 S. 383ff.; Sommerbrodt a. a. O. S. 36, 37.

[3]) §§ 33, 34 J. II, 1; l. 5 D. 6, 1; l. 29 §§ 1—30 D. 24, 1; l. 9 § 2 D. 41, 1 (utilis in rem actio, in rem act.); Dernburg a. a. O. Bd. 1 § 204, Bd. 2

In den übrigen Fällen[1]) hat man es mit einer Klage zu tun, die als Ersatz für die infolge von Konsumption untergegangene rei vindicatio gegeben wird, zum Teil wahlweise oder doch wenigstens analog mit einer Condictio sine causa, gelegentlich auch einer actio contraria negot. gestor. Alle diese Stellen stammen fast ausschließlich aus der späteren Kaiserzeit.[2])

Zur Begründung der erwähnten Actiones utiles ist zwar die Bereicherung des Beklagten zum Schaden des Klägers gelegentlich angeführt, so in l. 12 § 1 D. 20, 5: „ne ex aliena jactura sibi lucrum adquirat". Aber deshalb kann man nicht kurzweg von „Bereicherungsklagen" sprechen, da weder das Fundament der Klage ganz allgemein ungerechtfertigte Bereicherung ist, noch als ihr Objekt ausschließlich die Bereicherung des Beklagten, soweit sie auf Kosten des Klägers erfolgt ist, angesehen werden kann.

Der oben zitierte Satz (l. 120 § 1) soll nur motivieren, warum derjenige, welcher ohne Berechtigung über fremdes Eigentum verfügt hat, gerade mit einer Actio utilis haftet, nachdem durch Konsumtion des Eigentums[3]) die rei vindicatio des Geschädigten gegenstandslos geworden ist.

Die Actio utilis (act. i. fact., act. in rem utilis) ist eben in diesem Zusammenhang ein Ersatz für die rei vindicatio. Das

---

§ 143 Anm. 4 rechnet auch l. 4 § 2 D. 12, 1 (Alluvio) dazu, wo statt einer actio utilis (infactum) eine condictio Anwendung findet.

[1]) c. 30 § 1 C. 5, 12: in rem act.; l. 55 i. f. D. 24, 1; Paulus: in rem act. neben condictio. (Nach v. Mayr a. a. O. S. 268 eine Interpolation auf Grund von c. 30 C. 5, 12.) — c. 15 § 1 i. f. C. 5, 3: condictio neben utilis in rem act.; c. 1 C. 8, 54: cond. neben utilis vindicatio; c. 8 C. 3, 32: utilis vindicatio, neben act. negot. gestor Tryphonin; l. 12 § 1 D. 20, 5: utilis actio (Strafklage?); Papin. l. 3 D. 12, 6: utilis actio. — l. 11 D. 12, 1: „vindicari numi possunt, si exstant", sonst eine cond. sine causa; vgl. auch Julian l. 23 D. 12, 1 und l. 30 D. 19, 1: cond. sine causa; vgl. auch l. 43 D. 6, 1 (a. in factum).

[2]) v. Mayr (Condictio S. 263—275) ist der Ansicht, daß die utilis actio, wahlweise mit der condictio gewährt oder an deren Stelle, ausschließlich der nachklassischen Zeit angehört.

[3]) vgl. v. Koschembahr a. a. O. S. 130 Anm. 4.

frühere Eigentum des Klägers[1]) ist der wahre Klagegrund und der Gegenstand der Klage primär Wertersatz,[2]) erst sekundär die Bereicherung des Beklagten und auch nur, soweit derselbe gutgläubiger Erwerber ist; denn billigerweise kann man einem solchen eine weitergehende Haftung nicht zumuten.[3])

Der unfreiwillige Verlust des materiellen Eigentums sowohl wie des prozessualen Rechtsmittels der Klage infolge des unberechtigten Eingriffs eines Dritten drückt all diesen Stellen ein so charakteristisches Gepräge auf, daß eine Ausdehnung der hier aushilfsweise gewährten Klagen auf die Ansprüche des Eigenbesitzers, der sich selbst durch Bau auf fremdem Boden um sein Material gebracht hat, schlechterdings unmöglich erscheint.

Es findet sich allerdings eine Stelle in den Digesten, wo eine act. utilis bei Eigentumsverlust durch Implantatio gegeben wird, nämlich l. 5 § 3 D. 6, 1: „De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices immisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit mea esse non desinet".

Aber dieses Fragment steht im direkten Widerspruch mit l. 9 § 2 D. 39, 2, wo die vindicatio versagt wird, auch zu l. 26 § 1 D. 41, 1, wo nicht einmal nach Entwurzeln des Baumes dem früheren Eigentümer ein Anspruch auf Rückübereignung gewährt wird.[4])

---

[1]) vgl. v. Mayr, Condictio S. 220 und Cond. incerti (Savigny-Stiftung) S. 193.

[2]) vgl. l. 55 D. 24. 1: „locupletiorem esse ex donatione negari non potest: non enim querimus, quid deducto aere alieno liberum habeat, sed quid ex re mulieris possideat . . . non ultra id tamen, quod donatum est, condicatur . . . etiam in rem utilem mulieri in ipsas res accommodare".

[3]) vgl. l. 3 D. 12, 6: „scilicet quod bonae fidei possessor in quantum locupletior factus est tenetur, nec periculum . . . ad eum, qui sine culpa solvit, pertinebit", nach dem zuvor von einer actio utilis gegen die, welche fälschlich ein Legat erhalten haben, die Rede war. Vgl. auch Dernburg, Pand. Bd. 1 § 225 S. 535, 536 Anm. 25.

[4]) vgl. auch Gajus l. 7 § 13 D. 41, 1 u. § 31 J. II, 1, wo der Grundsatz ausgesprochen ist, daß derjenige, welcher eigene Pflanzen auf fremden Grund und Boden einpflanzt, nach Festwurzeln derselben zugunsten des

Dieser Widerspruch ist vielleicht so zu erklären, daß die l. 5 § 3 D. 6,1 ein Glossem oder eine Interpolation ist, wie v. Mayr (a. a. O. S. 266/67) annimmt.

Aber wenn man auch v. Mayr hierin nicht zustimmen will, läßt sich die actio utilis sehr wohl mit den andern angeführten Stellen in Einklang bringen: Dem Zusammenhang nach hat offenbar der Grundeigentümer den Baum mala fide einem anderen fortgenommen und auf seinen Acker gepflanzt, „translata in alienum agrum".

Und weil nun die rei vindicatio ausgeschlossen ist, sobald der Baum Wurzeln gefaßt hat, eine act. ad exhibendum aber vom wirtschaftlichen Standpunkt aus wertlos ist, so wird mit einer act. utilis, nach Analogie einer act. in duplum de tigno juncto,[1]) dem früheren Eigentümer des Baumes zum Ersatz desselben verholfen. — Wird doch selbst nach Trennung des Baumes von dem Acker ein Anspruch auf Rückübereignung — im Gegensatz zu Baumaterial — versagt, mit der Begründung: „alio terrae alimento aliam factam" (l. 26 § 1 D. 41, 1) (vgl. l. 9 pr. u. § 1 eod. tit.).

§ 22.

Den Unterschied in der Rechtslage bei dem Verbauen fremden Materials auf eigenem Grundstück einerseits, dem Einbauen eigenen Materials auf fremden Grundstück anderseits, spricht Gajus in l. 7 §§ 10—12 D. 41, 1 klar genug aus: im ersten Falle hat der Materialeigentümer nur die Klage de tigno juncto wahlweise mit der rei vindicatio nach Abbruch des Hauses. Im zweiten Falle dagegen hat der Erbauer nur die exceptio doli allemal da „si nescit alienum esse solum et tam-

---

Grundeigentümers das Eigentum verliert. Daß er aber dafür eine Ersatzklage, etwa eine actio utilis erhält, ist nicht einmal angedeutet, während derselbe Gajus in l. 9 pr. eod. tit. die exceptio doli als das einzige Schutzmittel des auf fremden Boden säenden oder pflanzenden Eigenbesitzers nennt.

[1]) Die a. d. tign. junct. ist ausdrücklich auf Baumaterial beschränkt (l. 1 D. 47, 3 u. l. 7 § 10 D. 41, 1); vgl. auch Dernburg, Pand. Bd. 1 § 208 S. 493 Anm. 9.

quam in bona fide aedificavit. Itaque nec diruto quidem aedificio vindicatio eius materiae[1]) competit“ (§ 12 eod.).

Hiermit ist wohl zur Genüge bewiesen, daß eine act. in fact. oder utilis, welche dazu dienen sollte, dem gutgläubigen Eigenbesitzer bei Eigentumsverlust durch Inaedificatio zum Schadensersatz bezw. zur Verwirklichung eines jus tollendi zu verhelfen, weder dem klassischen, noch dem justinianeischen Recht[2]) bekannt war, obwohl doch gerade in der letztgenannten Epoche utilis actio[3]) sowohl wie jus tollendi[4]) eine Erweiterung ihres Anwendungskreises erfahren hatten.

Die Beschränkung solcher Ansprüche auf das Retentionsrecht muß daher als ein im römischen Recht allgemein anerkannter Grundsatz angesehen werden.[5])

---

[1]) Der Schlußsatz des angeführten Gajus fragments widerspricht der Entscheidung des Paulus in l. 23 § 7 D. 6, 1 nicht, denn diese gibt die rei vindic. nach erfolgter Trennung auch nur gegen den Grundeigentümer, der fremdes Material auf seinem Fundus verbaut hat, also in Übereinstimmung mit § 10 i. f. des angeführten Gajus fragments. Anders dagegen c. 2 § 1 C. III, 32: „si vero fuerit dissolutum, materia eius ad pristinum dominium redit, sive bona fide, sive mala fide aedificium exstructum sit, si non donandi animo aedificia alieno solo imposita sint“. Das wäre allerdings ein Widerspruch zu der oben angeführten Entscheidung des Gajus, man müßte denn in allen Fällen, wo der Eigenbesitzer unter Verzicht auf sein Retentionsrecht das Grundstück herausgegeben hat, den animus donandi subintellegieren.

[2]) vgl. Codex Gregorianus III, 6 c. 1 u. 2; ferner c. 11 § 1 u. c. 16 C. III, 32.

[3]) v. Mayr ist der Ansicht, daß diese utilis rei vindicatio dem klassischen Recht völlig fremd war und erst der vierten Periode angehört (a. a. O. S. 263—275).

[4]) vgl. Pernice, Labeo Bd. 2, 1 S. 383 ff.

[5]) Auch die auf römischem Boden erwachsenen deutschen Volksrechte haben keinen weitergehenden Verwendungsanspruch geschaffen, vgl. Edictum Theoderici cap. 137 (zit. bei Sommerbrodt S. 46) wahrscheinlich in Anlehnung an Gajus lib. 2 rer. cotid. sive aureor. (vgl. § 307 II, 1). Im Edictus Rothari cap. 151 wird dem gutgläubig auf fremdem Boden Bauenden ein Ersatzanspruch ganz versagt: „quia omnes scire debent, quod suum, non alienum est“ (Sommerbrodt S. 46; Stobbe a. a. O. S. 64).

§ 23.

Schlußbetrachtung.

Nur die Annahme, daß die Versagung einer Impensenklage der deutschen Rechtsauffassung als ein mangelhafter Schutz des gutgläubigen Besitzers nicht genehm war und daher als hart und ungerecht erschien, machen den prinzipiellen Unterschied des römischen und gemeinen Rechtes auf dem Gebiet der Verwendungsansprüche erklärlich. Und lediglich weil sie die neu geschaffenen Impensenklagen zu legalisieren suchten, sind die gemeinrechtlichen Juristen Sturm gelaufen wider Julians klassischen Ausspruch: „Nullo alio modo quam per retentionem impensas servare posse".

Sollte denn einer von Roms größten praktischen Juristen, welcher sonst gar nicht engherzig, vielmehr immer bestrebt ist, die Formen des Rechts dem Bedürfnisse des Rechtslebens anzupassen, sollte er wirklich nur eigensinnig aus Doktrinarismus überlieferte Rechtsregeln starr festgehalten, die Entwicklung künstlich gehemmt haben, wie man ihm vorwirft? Ist es nicht viel natürlicher, anzunehmen, daß dieses Retentionsrecht dem praktischen Bedürfnis vollauf genügt hat, wenigstens in der großen Masse der Fälle? Wo die Eigenart einer Rechtslage eine Klage zu erfordern schien, da waren die römischen Juristen doch sonst um Hilfsmittel nicht verlegen.

Aber vielleicht war das sogen. Retentionsrecht nicht bloß ausreichend, sondern sogar außerordentlich praktisch und gerecht.

Hier hatte das Ermessen des Richters einen weiten Spielraum — „per officium judicis aequitatis ratione" — den Wünschen der Parteien konnte damit weitgehende Rechnung getragen und so ein befriedigender Ausgleich herbeigeführt werden.

Gerade die exceptio doli generalis ist ja die vornehmste Schöpfung des Prinzipes der Aequitas: „ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem aequitatem prosit" (l. 1 § 2 D. 44, 4).

Durch die exceptio doli war der Eigenbesitzer gegenüber der rei vindicatio stark genug geschützt. Aber da ein Rechtsverhältnis zwischen den Parteien nicht besteht, Anspruch und

Gegenanspruch lediglich an die Streitsache geknüpft sind, so muß noch in diesem Prozeß Klarheit über die an der Sache haftenden Rechte geschaffen werden. Wenn der Kläger sein Eigentum beweist, so kann er billigerweise verlangen, daß die auf dem Streitobjekt ruhenden Lasten — wie Jacobi die Impensenforderungen genannt hat — rechtzeitig gekündigt, d. h. die Verwendungsansprüche von dem Beklagten sofort geltend gemacht werden. Vielleicht sind dieselben so hoch, daß Kläger sie gar nicht bezahlen kann. Die berühmte Celsusstelle (l. 38 D. 6, 1) gibt uns zu denken, wie gefährlich es sein konnte, solche Gegenansprüche in den engen Rahmen einer römischen Klageformel zu spannen, besonders wenn sie nachträglich geltend gemacht wurden. Der Eigentümer hatte das Seine bedingungslos zurückerhalten, glaubte also mit Entschädigungsansprüchen nicht mehr rechnen zu müssen, und nun sollte er nachträglich mit einer Klage auf Impensenersatz oder aus ungerechtfertigter Bereicherung haften, wo er vielleicht gar nicht mehr den Gegenstand der Aufwendungen besaß, vielleicht auch nicht mehr bereichert war? Dann wäre das Klagerecht gewiß eine größere Unbilligkeit gewesen als seine Versagung.

Aber auch aus technisch prozessualen Rücksichten hatte eine Klage ihre Bedenken. Wie war z. B. die Gefahr der „plurispetitio“ zu umgehen, welche bezüglich der „pl. pet. tempore“ erst von Kaiser Zeno, bezüglich der „pl. pet. re“ überhaupt erst von Justinian beseitigt wurde,[1]) wenn der Eigenbesitzer gegen den Eigentümer klagen wollte: „in id, quod locupletior dominus factus erat“? Man will damit helfen (v. Koschembahr a. a. O. Bd. 2), in einem Arbitratus in jure sei das Certum fixiert worden. Aber die Frage, wie weit der Eigentümer zur Zeit der Klageerhebung noch durch die Verwendungen bereichert war (vielleicht besaß er das Objekt derselben überhaupt nicht mehr), mußte in der Regel so schwer zu entscheiden sein, daß nur „in judicio“ die Höhe des Klageanspruchs festgestellt werden konnte.[2])

---

[1]) vgl. v. Mayr, Condictio S. 280 und die dort Angeführten.

[2]) s. v. Mayr, Die Cond. incerti (Savigny-Stiftung) S. 200.

Übrigens scheint doch im Verhältnis zu einer Klage das sogen. Retentionsrecht als das Vorteilhaftere gegolten zu haben, wenn Julianus in l. 60 D. 47, 2 sagt: „Nam si impensas necessarias in rem commodatam fecerat, interfuit eius potius per retentionem eas servare, quam ultro commodati agere".

Dieses Retentionsrecht im Prozeß geltend zu machen, war dem beklagten[1]) Eigenbesitzer wohl in den meisten Fällen möglich.

Hatte er gegen seinen Willen den Besitz verloren, dann halfen ihm ja die Interdikte, um diesen wieder zu erlangen. Und wenn er aus wichtigen, entschuldbaren Gründen die Verwendungen nicht hatte durch Einrede geltend machen können, dann durfte er sich immer noch in integrum restitutio erbitten.

Hatte er aber, statt zu retinieren, freiwillig den Besitz an den Eigentümer übertragen, obwohl er von seinem Gegenanspruch aus den Verwendungen Kenntnis haben mußte, so hatte er es sich selbst zuzuschreiben, wenn ihm an Stelle der versäumten Einrede ein anderes Rechtsmittel, vornehmlich eine Klage, nicht gewährt wurde. Denn selbst eines Klagerechts geht verlustig, wer „sciens, se tutum exceptione, solvit" (l. 26 § 3 D. 12, 6), und wer „ob rem non defensam solvit, quamvis postea defendere paratus est, non repetet, quod solverit" (Julianus l. 35 D. 12, 6).

§ 24.

Die Verwendungsansprüche des gutgläubigen Eigenbesitzers nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.

Als Gegenanspruch des beklagten Eigenbesitzers gegen den vindizierenden Eigentümer behandelt das Bürgerliche Gesetzbuch

---

[1]) Der Eigentümer wurde nämlich wegen der Gefahr der Ersitzung dazu gedrängt, mit der rei vindicatio gegen den gutgläubigen Eigenbesitzer zu klagen.

den Verwendungsanspruch gesondert unter dem Titel „Ansprüche aus dem Eigentum".[1])

Auch hier ist das Retentionsrecht, wie es das römische Recht allein kannte, wenigstens das primäre Schutzmittel des Eigenbesitzers (§ 1000 BGB.).

Aber vom römischen Recht weicht das Bürgerliche Gesetzbuch insofern erheblich ab, als es den Eigenbesitzer nicht auf dieses eine Recht beschränkt gegenüber dem Herausgabeanspruch des gewinnenden Eigentümers.

Wenn man auch zugeben muß, daß das Grundmotiv bei der Bestimmung des Umfangs aller Verwendungsansprüche dem Gedanken entnommen ist, daß nach Recht und Billigkeit niemand sich mit dem Schaden eines anderen bereichern dürfe, so kann man m. E. nicht mit Neumann (a. a. O. S. 513 Note zu § 994) so weit gehen, die in den §§ 994—1003 tatsächlich enthaltenen Bestimmungen schlechthin als Ergänzungen und Modifikationen des Bereicherungsanspruchs, der Condictio sine causa[2]), zu bezeichnen, bedingt durch das besondere Verhältnis vom Besitzer zu Eigentümer.

Allerdings sagen so die Motive (Bd. 3 S. 412), aber dies gilt nur für den 1. Entw., der darin dem französischen Recht folgend, die condictio sine causa den Verwendungsansprüchen als Grundlage gegeben hat.

Daran ist aber durch die endgültige Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuchs viel geändert worden, besonders durch § 999.

Denn in den Motiven heißt es noch (S. 416): „Bei Grundstücken bleibt ein solcher Wechsel in der Person des Schuldners (gemeint des Eigentümers) denkbar. Eine solche Übertragung, bei welcher die Verwendungsschuld als eine Last des Grundstücks erscheint, würde mit den Grundsätzen über die publica fides des Grundbuchs nicht harmonieren. Die Aufnahme einer Bestimmung, welche klarstellt, daß der Rechtsnachfolger im Eigentum für den gegen den Vormann erwachsenen Verwendungs-

[1]) Die Ausdehnung des Begriffs der negotiorum gestio auf den Verwendungsanspruch des gutgläubigen Besitzers untersagt auch das BGB. (§ 687 Abs. 2).

[2]) Im Sinne des gemeinen Rechtes.

anspruch nicht aufzukommen hat, ist deswegen nicht für erforderlich erachtet, weil die persönliche Richtung des Verwendungsanspruchs gegen denjenigen, welcher zur Zeit der Verwendungen Eigentümer ist, mit genügender Deutlichkeit aus dem Entwurf hervorgeht".

Dagegen bestimmt der § 999 Abs. 2 ausdrücklich: „Die Verpflichtung des Eigentümers zum Ersatz von Verwendungen erstreckt sich auch auf die Verwendungen, die gemacht worden sind, bevor er das Eigentum erworben hat".[1])

Ferner kann der Eigenbesitzer Verwendungen seines Vorbesitzers voll geltend machen, wenn er dessen Rechtsnachfolger geworden ist (§ 999 Abs. 1).

Mit Recht bemerkt Biermann (a. a. O. S. 120 Anm. 2) unter Beschränkung auf Liegenschaften zum § 999: „Die Verwendung wird als eine dingliche, der Eintragung nicht bedürftige Last des Grundstücks behandelt".

Nicht um quasiobligatorische Ansprüche aus der Bereicherung handelt es sich in den §§ 994—1003 BGB., sondern um dingliche Ansprüche.[2])

Die Klage aus §§ 1001, 1002 kann man in Verbindung mit § 999 als eine actio in rem scripta bezeichnen.

Mit der Genehmigung der Verwendungen durch den Eigentümer entsteht natürlich ein obligatorischer Anspruch, aber doch auf Grund eines besonderen Vertrages (Actio mandati contraria).

Auch das Abtrennungsrecht des § 997 hat mit einer condictio sine causa nichts gemein. Es beschränkt sich einerseits auf den Gegenstand, welchen der Besitzer mit der fremden Sache verbunden hat, anderseits ist seine Geltendmachung unabhängig davon, ob die Hauptsache durch die Verbindung verbessert ist oder nicht.

Das Selbstbefriedigungsrecht, eine Erweiterung des Retentionsrechts und in seiner Wirkung wie das Abtrennungsrecht der

---

[1]) Ausnahme davon ZVG. § 93 Abs. 2.

[2]) vgl. Schlegelberger a. a. O. S. 93ff.; Eck a. a. O. § 20 S. 179. Leonhardt bemerkt dazu (a. a. O. Anm. 1), daß in diesem Anspruch wohl ein Rest des aus dem BGB. verbannten Lösungsanspruchs zu sehen sei, und daß er einen subjektiv-dinglichen Charakter habe (Anm. 3 a. a. O.).

Form nach ein Akt der Selbsthilfe, ist ebenfalls auf den Gegenstand der Verwendungen beschränkt, mögen dieselben notwendige oder nützliche gewesen sein.

Noch eine andere Klage kann für Verwendungsansprüche dem Eigenbesitzer gegenüber dem Eigentümer zu Gebote stehen, aber nur ausnahmsweise, nämlich nur unter folgenden Voraussetzungen: 1. Die Verwendung muß auf einer Verbindung i. S. der §§ 946, 947 Abs. 2 BGB. basieren; 2. der Eigentümer muß dadurch bereichert sein; 3. ein anderer der gesetzlichen Verwendungsansprüche darf nicht mehr zu Gebote stehen, bezw. die Abtrennung nach § 997 muß rechtlich oder faktisch ausgeschlossen sein. Die Klage, es ist die durch § 951 BGB. gegebene, kommt also nur subsidiär zur Anwendung. Wenn diese Klage auch eine persönliche Klage gegen den bereicherten Eigentümer auf Herausgabe der Bereicherung ist, so ist sie eine Condictio doch nur ihrer äußeren Form nach. Ihrem inneren Wesen nach ist sie eine rei vindicatio utilis, als Ersatz dafür, daß die Eigentumsklage durch Accession erloschen ist.

Alle diese Rechte stehen dem Eigenbesitzer nur in Ansehung derjenigen Aufwendungen zu, welche er vor der Rechtshängigkeit bezw. vor der Kenntnis von dem Mangel seines Verfügungsrechts, kurzum in gutem Glauben gemacht hat (§ 994 Abs. 2 BGB.).

Nach der Rechtshängigkeit oder vom Augenblick jener Kenntnis ab wird der Eigenbesitzer analog dem römischen Recht als Geschäftsführer ohne Auftrag behandelt. Als solcher kann er Ersatz aller Aufwendungen verlangen, soweit er sie im Interesse des Eigentümers vorgenommen hat (negotium utiliter coeptum), haftet dafür aber auch für omnis culpa und ist insbesondere für wirtschaftliche Fruchtziehung verantwortlich.

§ 25.

Die Klage auf Ersatz der Verwendungen.

Eine Klage zur Geltendmachung der Aufwenduugen gibt das Bürgerliche Gesetzbuch dem Eigenbesitzer in zwei Fällen (§§ 1001 u. 1002):

1. wenn der Besitzer die Sache nicht mehr hat;

2. wenn der Eigentümer die Verwendungen genehmigt hat, bezw. seine Genehmigung durch das Gesetz fingiert wird.

ad 1. Der Eigentümer muß nur seine Sache „wiedererlangt" haben, gleichgültig ob dies ohne Willen des Eigenbesitzers eingetreten ist, oder ob er den Besitz vorbehaltslos übertragen hat, also der Fall, wo das römische Recht jede Hilfe versagte. Allerdings setzt auch das Bürgerliche Gesetzbuch, wenn der Besitzer die Sache vorbehaltslos an den Eigentümer herausgegeben hat, der Klage eine Grenze, indem der Ersatzanspruch bei beweglichen Sachen nach Ablauf von einem Monat, bei Grundstücken nach Ablauf von sechs Monaten erlischt. Diese Frist aus § 1002 BGB. ist eine Präklusivfrist,[1]) d. h. die Klage muß sechs Monate nach Herausgabe des Grundstücks ex officio zurückgewiesen werden, wenn der Besitzer nicht vorher seinen Anspruch gerichtlich geltend gemacht[2]) oder der Eigentümer die Verwendung nachträglich noch genehmigt hat. Hat der Ersatzberechtigte unfreiwillig den Besitz verloren, so hat er nicht bloß die Besitzschutzklage, entsprechend den römischen Interdikten, sondern auch die direkte Verwendungsklage, welche ihm unmittelbar zum Ersatze seiner Verwendungen verhilft.

ad 2. Durch die Genehmigung der Verwendungen von seiten des Eigentümers erhalten die Verwendungen den Charakter einer Geschäftsführung. Die Klage entspricht also der actio contraria mandati bezw. der a. negot. gestor.; denn mit der Genehmigung hat der Eigentümer sich freiwillig gebunden. Er ist dem Eigenbesitzer damit obligatorisch verpflichtet und haftet

---

[1]) Entsch. d. RG. Bd. 48 Nr. 37 S. 169.

[2]) Die Geltendmachung durch Einrede fällt nicht unter den Begriff „gerichtliche Geltendmachung". Vielmehr ist darunter die Klageerhebung zu verstehen und was sonst durch das Gesetz (§ 209 BGB.) derselben gleichgestellt ist. Kipp (bei Windscheid Bd. 1 § 195 S. 885) zieht daraus den Schluß: Wenn zwar der Gegenanspruch des Besitzers im Prozeß anerkannt ist und gemäß dem Urteil die Leistung Zug um Zug zu erfolgen hat, so trete doch die Präklusion ein, falls nur der Besitzer geleistet hat. — Das ist wohl richtig; dafür hat aber der Besitzer auf Grund des Urteils die condictio causa data, causa non secuta gegen den Eigentümer, womit Kipps Bedenken gegenstandslos werden.

ihm mit seinem ganzen Vermögen. Allerdings ist mit Anerkennung der Ersatzansprüche nicht ohne weiteres die von dem Besitzer geltend gemachte Höhe derselben anerkannt, darüber muß erst der Prozeß entscheiden — (oft wird die Zuziehung von Sachverständigen erforderlich sein) —, wenn sich die Parteien nicht gütlich einigen können.[1])

Dieselbe Verpflichtung tritt ipso iure auch dann ein, wenn der Eigentümer das Grundstück von dem Besitzer annimmt, der es ihm „unter Vorbehalt seiner Ansprüche" angeboten hat. Die Genehmigung „gilt" durch die Annahme stillschweigend als erteilt (§ 1001 i. f.). Hat der Eigentümer weder implicite durch Annahme noch ausdrücklich die Verwendungen des Besitzers genehmigt, dann haftet er allein mit der Sache, z. B. mit dem Grundstück, auf welches die Verwendungen gemacht sind (§ 1000 Satz 2). — Bis zur Genehmigung kann er sich aber von jeder persönlichen Haftung dadurch befreien, daß er dem Besitzer die Sache hingibt, auch wenn dieser die Ersatzklage bereits erhoben hat. Durch Hingabe zum Zwecke der Selbstbefriedigung wird allemal die Ersatzklage ausgeschlossen. Das ist aber nicht[2]) so zu verstehen, als ob der Eigentümer auf das Eigentum seiner Sache bedingungslos verzichtet hat, wie von einigen Schriftstellern angenommen wird. Der Besitzer soll sich „aus" der Sache befriedigen, der Eigentümer behält einen Anspruch auf die Hyperocha genau wie beim Pfandrecht und bei der Selbstbefriedigung des Besitzers gemäß § 1003 BGB.

§ 26.

Das Retentionsrecht.

Auch dem Retentionsrecht liegt die Befriedigung „aus der Sache" zugrunde. Dieselbe kann eine direkte oder indirekte sein. Indirekt ist sie dann, wenn der Eigenbesitzer, wie im römischen Recht, die Sache zurückbehält. Klagt der Eigentümer auf Herausgabe, so macht der Besitzer durch Einrede seinen

[1]) Neumann a. a. O. S. 515 Anm. zu § 1001.

[2]) Derselbe S. 516, ebenda übereinstimmend mit v. Staudinger.

Ersatzanspruch geltend. Wird derselbe als begründet festgestellt, so kann der Beklagte nur verurteilt werden, die Sache gegen Zahlung seiner Ersatzforderungen Zug um Zug herauszugeben[1]) (§ 273 Abs. 3 BGB.).

Obwohl dies von einigen Schriftstellern bestritten wird,[2]) so ist doch überhaupt nur eine Verurteilung Zug um Zug denkbar, sobald der Gegenanspruch des Beklagten als materiell begründet anerkannt ist. Andernfalls müßte man ja zu dem merkwürdigen Resultat kommen, der Anspruch des Klägers sei unter diesen Umständen ganz abzuweisen, was mit dem Charakter des Retentionsrechtes als aufschiebende Prozeßeinrede unvereinbar wäre. Aber es liegt gar kein Widerspruch zu den §§ 273, 274 vor, wie von einzelnen Schriftstellern behauptet wird: Im § 273 Abs. 2 wird ein „fälliger" Verwendungsanspruch gefordert. Der Anspruch des gutgläubigen Eigenbesitzers wird fällig, sobald derselbe weiß, welches die Person ist, gegen die er ihn zu richten hat; das ist stets der wahre Eigentümer. Mit dem Augenblick, wo sich dieser mittels Klage legitimiert, wird auch der Anspruch gegen ihn fällig[3]) (wie ja auch derselbe Zeitpunkt für die Haftung des Besitzers maßgebend ist). „Fällig" bedeutet hier nicht mehr wie: geeignet zur Aufrechnung im Prozeß. Und es besteht insofern auch eine Konnexität zwischen Anspruch und Gegenanspruch, als beide ein dingliches Recht an derselben Sache darstellen.[4]) Der mit der Eigentumsklage belangte Eigenbesitzer des Abs. 2 § 273 wird hier ausdrücklich dem obligatorisch verpflichteten Schuldner des Abs. 1 § 273 gleichgestellt.[5]) Die im § 274 aufgestellte Verurteilung Zug um Zug muß also auch auf jenen Abs. 2 zur Anwendung kommen.

[1]) Übereinstimmend damit ALR. I Titel 15 § 26 (vgl. Kochs Note 30a dazu).

[2]) Allerdings „gegen die communis opinio", wie Wendt sagt (Die exceptio doli generalis, Abhandlung über Retention). Übereinstimmend Staudinger Bd. 2 Erl. zu § 273 S. 96; ferner Bethke a. a. O. S. 54 und die dort angeführten Schriftsteller.

[3]) vgl. Biermann a. a. O. Anm. zu § 1000 S. 120.

[4]) Das RG. steilt an die Konnexität der beiden Ansprüche keine zu strengen Anforderungen; vgl. Rosenthal, Komm. z. BGB., Anhang zu §§ 273 u. 274 (Ausgabe 1906).

[5]) vgl. Schlegelberger a. a. O. S. 92—103.

Hat der Eigentümer gegen Sicherheitsleistung die Herausgabe der Sache von dem bisherigen Besitzer erlangt, so ist damit nur ein Provisorium geschaffen und dem Besitzer verbleibt seine Einrede. Außerdem hat er die Klage als Offensivmittel unter denselben Voraussetzungen, als hätte er die Sache vorbehaltlich seiner Ansprüche herausgegeben (§ 1001 i. f.).

§ 27.

Selbstbefriedigung aus dem Gegenstand der Verwendungen.

Da für die Berechnung der Werterhöhung der Zeitpunkt maßgebend ist, wo der Eigentümer die Sache „wiedererlangt" (§ 996 i. f.), so könnte der Fall eintreten, daß der Eigentümer abwartet, bis der durch nützliche Verwendungen erzeugte Wertzuwachs wieder geschwunden ist. Dann brauchte er nämlich gar nichts mehr für die Verwendungen zu vergüten, der Eigenbesitzer dagegen, mit dem besseren Recht des Eigentümers bekannt gemacht, trüge während der ganzen Zeit die ihm durch § 990 BGB. auferlegte Haftung (denn: mala fides superveniens nocet).

Diese Erwägung muß mitgesprochen haben, als der Gesetzgeber sich entschloß, dem Besitzer das Selbstbefriedigungsrecht zu geben (§ 1003 BGB.).

Um nämlich eine derartige Verschleppung zu verhindern, muß der Eigenbesitzer den Zeitpunkt fixieren[2]) können, an welchem der Wertzuwachs ersatzbedürftig zu werden beginnt; und wenn dann der Eigentümer sich weigert, die Verwendungen zu ersetzen, greift das Selbstbefriedigungsrecht Platz.

Es ist dies eine notwendige Ergänzung der neuen Bestimmungen über den Verwendungsanspruch und erst durch den 2. Entw. zu einem Bürgerlichen Gesetzbuch geschaffen als eine neue Begünstigung der rechtlichen Position des gutgläubigen Eigenbesitzers.

---

[1]) Leonhard (bei Eck a. a. O. § 20 S. 180 Anm. 3) nennt dieses Hilfsmittel des Eigenbesitzers „eine Art Provocatio ad agendum".

Das römische Recht hatte dieses Selbsthilferecht noch nicht gebraucht. Denn im Gegensatz zum heutigen Recht konnte der Eigenbesitzer, welcher nachträglich erfuhr, daß er in rem alienam, nicht in rem suam Impensen gemacht hatte, doch immer noch die fremde Sache ersitzen (mala fides superveniens non nocet). — Hierdurch war dem Eigentümer ein gewisser Zwang auferlegt, unverzüglich die rei vindicatio anzustellen. Und dann konnte der andere seine Verwendungsansprüche bequem einredeweise geltend machen.

Mit dem Schwinden der Ersitzungsgefahr im Bürgerlichen Gesetzbuch würde der Eigenbesitzer, solange er noch die Sache in Händen hat, von dem guten Willen des Eigentümers abhängig sein, wenn er nicht das Selbstbefriedigungsrecht hätte. Als einen Vorzug dieses Rechtsinstitutes wird man daher folgendes anerkennen müssen: Der Eigenbesitzer braucht nicht die Entschließungen des Eigentümers abwarten, sondern kann selbst die Entscheidung herbeiführen,[1]) nachdem er dem Eigentümer eine Art Ultimatum gestellt hat.

Dieses Selbstbefriedigungsrecht hat seinem Wesen nach mit dem Bereicherungsanspruch kaum etwas gemein. Es beschränkt sich in seiner Wirkung lediglich auf die bestimmte Sache, welche Aufwendungen erfordert hat, mögen dieselben auch in keinem Verhältnis zu dem Wert des Gegenstandes stehen, gleichgültig auch, ob eine Werterhöhung desselben noch besteht oder nicht.

Das Selbsthilferecht hat wohl die meiste Ähnlichkeit mit dem Selbsthilfeverkauf des Handelsgesetzbuches und hat wie dieses seine Wurzeln im germanischen Recht.[2])

---

[1]) 1. Entw. (§ 941) enthielt statt dessen Sonderbestimmungen über das Recht des Eigenbesitzers, den Eigentümer in Annahmeverzug zu bringen (Mot. Bd. 3 S. 420/21), da sonst vor der Wiedererlangung der Sache durch den Eigentümer ein Kondiktionsanspruch nicht gegeben war (Mot. S. 415).

[2]) Schon im germanischen Recht macht sich die Neigung bemerkbar, das Rückbehaltungs- zum Selbstbefriedigungsrecht zu steigern (vgl. v. Amira bei Schlegelberger a. a. O. S. 42).

§ 28.

Ehe aber der Eigenbesitzer das Selbsthilferecht verwirklichen kann, hat er den Eigentümer gewissermaßen in Annahmeverzug zu bringen.

Zu diesem Zwecke muß er dem Eigentümer unter Angabe der Höhe seiner Ersatzforderung eine angemessene Frist stellen, binnen welcher dieser sich zu erklären habe, ob er die Verwendungen genehmigen, also zurückerstatten wolle oder nicht.

Es können nun drei verschiedene[1]) Möglichkeiten eintreten:

1. Der Eigentümer genehmigt die Verwendungen innerhalb der gestellten Frist. Dann wird zwar das Selbstbefriedigungsrecht gegenstandslos, dafür erhält aber der Eigenbesitzer ein Klagerecht, welches nicht durch die oben erwähnte Präklusivfrist zeitlich beschränkt ist. Auch die Höhe des Anspruchs muß dann von neuem durch die Klage geltend gemacht und im Prozeß festgestellt werden.

2. Der Eigentümer gibt gar keine Erklärung innerhalb der Frist ab. Dann hat der Eigenbesitzer das Recht, sich ohne weiteres in Höhe der von ihm angegebenen Ersatzsumme aus der Sache selbst zu befriedigen, ohne daß erst der Umfang des Anspruchs durch Urteil festgestellt werden braucht.

3. Der Eigentümer bestreitet vor Ablauf der Frist den Anspruch in der vom Besitzer geltend gemachten Höhe. Erst in diesem Falle muß der Eigenbesitzer auf Feststellung des Betrages seiner Verwendungen klagen, ehe er sich aus der Sache befriedigen kann. Ist das Urteil darüber rechtskräftig geworden, so hat er dem Eigentümer eine zweite Frist zu setzen. Und nur wenn der Eigentümer den Anspruch in der durch das Urteil festgestellten Höhe bis zum Ablauf der Frist nicht anerkannt hat, darf der andere wie im Falle 2 zur Selbstbefriedigung schreiten. Hat er aber erst einmal zu diesem Mittel gegriffen, dann erlischt sein Anspruch, auch wenn gegebenenfalls der Erlös den vollen Betrag desselben nicht erreicht.

---

[1]) Endemann (Einf. in d. Stud. des BGB. S. 368 Anm. 27) meint, diese Materie sei etwas kompliziert ausgefallen, und deshalb wäre es einfacher gewesen, es bei der Einrede des römischen Rechts zu belassen.

§ 29.

Eine bewegliche Sache kann auf diesem Wege ohne weiteres nach Maßgabe des Pfandverkaufes (Versteigerung usw.) versilbert werden. Zur Zwangsvollstreckung in ein Grundstück bedarf es dagegen eines vollstreckbaren Titels. Wenn dies auch unter Berufung auf § 1003 BGB. bestritten worden ist, so sieht doch Kipp (bei Windscheid Bd. 1 S. 884 zu § 195) mit Recht in den Bestimmungen dieses Paragraphen keinen Dispens von jenem Erfordernis.[1]) Denn § 1003 sagt doch nur, daß der Besitzer berechtigt ist, Befriedigung aus dem Grundstück „nach den Vorschriften über die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen" zu suchen. Die Vorschriften darüber lassen die Zwangsvollstreckung eben nur auf Grund eines vollstreckbaren Titels zu.[2]) Der § 1003 BGB. befreit also nicht von dieser Vorbedingung einer Zwangsvollstreckung. Der Besitzer muß gegen den Eigentümer auf Duldung der Zwangsvollstreckung in das Grundstück klagen. Dabei wird nicht mehr über den geforderten Betrag selbst entschieden, dessen Höhe gilt als festgestellt. Der Richter hat nur zu prüfen, ob die Voraussetzungen eines Ersatzanspruches für Verwendungen vorliegen. Nach Rechtskraft des Urteils hat der Eigenbesitzer die Wahl, ob er die Zwangsvollstreckung durch Zwangsverwaltung oder Zwangsversteigerung ausüben will.

§ 30.

Ob auch die dritte Form der Zwangsvollstreckung in Liegenschaften hier Anwendung finden kann, d. h. ob der ersatzfordernde Eigenbesitzer für sich eine Sicherungshypothek eintragen lassen kann, ist sehr bestritten. Verneint wird es von Planck, Endemann, Biermann u. a., während Kipp z. B. darüber schweigt. Ich möchte mich der entgegengesetzten Meinung (Staudinger, Neumann)[3]) anschließen.

---

[1]) Übereinstimmend damit Staudinger, Endemann u. a. m.

[2]) ZVG. von 1897 §§ 16 u. 166; ZPO. § 704.

[3]) Staudinger a. a. O. Anm. zu § 1003; Neumann a. a. O. Anm. zu § 1003 S. 517.

Von denen, welche die Zulässigkeit einer Sicherungshypothek verneinen,[1]) wird geltend gemacht, daß der Ersatzberechtigte sich nur „aus dem Grundstück", und zwar wegen einer bestimmten Geldforderung befriedigen dürfe, daß aber die persönliche Haftung des Grundstückseigentümers — womöglich über den Wert des einzelnen Grundstücks — damit ausgeschlossen sei. Man könnte also höchstens, meint Endemann (Komm. Bd. 2 S. 605 N. 38), an eine Grundschuld denken, nicht aber an eine Hypothek, mit deren Eintragung wieder die persönliche Haftung des Eigentümers zum Vorschein käme. Tatsächlich kann aber die persönliche Haftung des Eigentümers mittels der exceptio doli stets abgelehnt werden, so daß die Haftung auf das Grundstück beschränkt bleibt. Die folgende Ausführung wird dies beweisen: Die Sicherungshypothek, welche nie eine Briefhypothek sein kann, ist „für die Forderung des Gläubigers" eingetragen; will derselbe sein Recht aus der Hypothek geltend machen, so muß er sich durch Vorzeigen seines vollstreckbaren Titels als der Gläubiger legitimieren. Da nun auf diesem Titel nach der Bestimmung des § 867 ZPO. die Eintragung der Sicherungshypothek vermerkt werden muß, so kann auch jeder Rechtsnachfolger des ursprünglichen Eigentümers die Beschränkung der zugrunde liegenden Forderung auf Befriedigung „aus dem Grundstück" ohne weiteres erkennen und demzufolge jede persönliche Haftung ablehnen. Es steht also dem nichts im Wege, eine Sicherungshypothek in Höhe des Verwendungsanspruches auf Grund des vollstreckbaren Titels für den Besitzer eintragen zu lassen. Denn § 866 ZPO. sagt: „Die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück erfolgt durch Eintragung einer Sicherungshypothek für die Forderung, durch Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung". Der Gläubiger, welcher nach § 867 ZPO. den Antrag auf Eintragung zu stellen hat, braucht nicht ein persönlicher Gläubiger des Grundstückseigentümers zu sein, es genügt, daß ihm ein Anspruch auf Befriedigung aus dem Grundstück kraft eines Schuldtitels zusteht.

Da die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück für den Eigen-

---

[1]) z. B. Biermann a. a. O. S. 122 Note 1b zu § 1003.

tümer viel größere Härten mit sich bringt und das Erwerbs- und Wirtschaftsleben nur zu beunruhigen geeignet ist, so ist vom wirtschaftlichen Standpunkt aus die Sicherungshypothek der Zwangsversteigerung entschieden vorzuziehen, ihre Zulassung scheint auch von diesem Gesichtspunkt aus dem Sinn des Gesetzes zu entsprechen.[1])

§ 31.

Umfang des Ersatzanspruches für Verwendungen.

Der Besitzer hat nur insoweit ein Recht, Ersatz für seine Verwendungen zu verlangen, als dieselben „auf“ die fremde Sache gemacht sind, solange er sie gutgläubig als sein Eigen besessen hat.

Darin stimmt das Bürgerliche Gesetzbuch mit dem römischen Recht überein.

Andere Ausgaben, die nur „für“, d. h. als Äquivalent für die Sache selbst oder ihre Benutzung, erwachsen sind, fallen begrifflich nicht unter die Verwendungen, vor allem wird der Kaufpreis nicht dazu zu rechnen sein.[2]) Diese Auffassung teilen auch offenbar die Motive, wenn sie (Bd. 3 S. 411) sagen: „Unter Aufwendungen sind solche Geschäfte zu verstehen, deren Erfolg dem dinglich Berechtigten in irgendeiner Weise zugute kommt“.

---

[1]) vgl. Anm. 1 zu § 866 ZPO., Ausgabe von Sydow-Busch: Der Gesetzgeber hat absichtlich die Zwangshypothek — im Gegensatz zu einzelnen Partikularrechten — auf die Sicherungshypothek beschränkt. Denn diese versetzt den Schuldner in die Lage, die ihm gegen die Forderung zustehenden Einreden auch gegen einen dritten gutgläubigen Erwerber der Forderung geltend zu machen; Mot. S. 183; Entsch. d. RG. in Zivils. Bd. 28 S. 283.

[2]) Gleicher Ansicht Staudinger a. a. O. S. 407; Endemann, Einf. in d. Stud. d. BGB. S. 365/66; Eck a. a. O. S. 180 § 20 i. f.; auch Biermann a. a. O. S. 117 Note zu § 994 BGB. Dagegen anderer Ansicht Baring (vgl. s. zit. Aufsatz im Sächs. Arch. zu Anfang); Dernburg zit. bei Staudinger a. a. O. S. 407; mit Einschränkungen v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des BGB. S. 623.

Prinzipiell hat also der Eigentümer einer gestohlenen Sache deren gutgläubigem Erwerber den dafür gezahlten Kaufpreis nicht zu ersetzen.

Nur dann wird freilich auch der Kaufpreis als Aufwendung auf die Sache dem Erwerber zu ersetzen sein, wenn dieser nachzuweisen imstande ist, daß die Erwerbung des Gegenstands zu dessen Erhaltung unentbehrlich war, daß der Kaufabschluß durch sein Zustandekommen die Sache vor Untergang bewahrt hat. [1])

Dies wird immerhin eine seltene Ausnahme sein.

Für den Normalfall jedoch zählt der Kaufpreis nicht zu den Verwendungen, und daß dies dem Willen des Gesetzgebers entspricht, dafür läßt sich noch ein weiterer Beweis erbringen:

In § 939 1. Entw. zu einem Bürgerlichen Gesetzbuch war zugunsten des gutgläubigen Erwerbers verlorener, gestohlener oder sonst abhanden gekommener Mobilien ein Lösungsanspruch gegen den Eigentümer vorgesehen, d. h. ein Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises. — Es sollte dies ein Ersatz dafür sein, daß in diesen Fällen ausnahmsweise kein Eigentum erworben wurde (Mot. S. 418).

Mit dem Verwendungsanspruch hat der Lösungsanspruch nicht viel mehr gemein, als daß er ebenfalls durch Retention geltend gemacht wird: Deshalb hat 1. Entw. den Bestimmungen über Verwendungen die über den Lösungsanspruch folgen lassen (Mot. S. 419).

Wenn nun letzterer aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch in seiner endgültigen Fassung entfernt worden ist, so folgt daraus nicht etwa, daß er nun in dem Verwendungsanspruch aufgegangen ist. An der oben angeführten Begriffsbestimmung betreffend „Verwendungen“ ist nachträglich nichts geändert worden.

Der Lösungsanspruch ist deshalb nicht im Bürgerlichen Gesetzbuch aufgenommen worden, weil damit die Versagung des Eigentumserwerbes an gestohlenen Sachen in der Praxis fast illusorisch gemacht, wenigstens dem bestohlenen Eigentümer eine unbillig schwere Last aufgebürdet werden würde.

[1]) vgl. Biermann a. a. O. S. 117 Note zu § 994 BGB.; Leonhard bei Eck Note 3 zu S. 175 (§ 20); Fischer Anm. 2 zu § 994.

Der Lösungsanspruch, aus dem germanischen speziell lübischen Recht[1]) stammend, hatte dort wie im allgem. Landrecht[2]) einen Sinn gehabt, ja war geradezu ein Bedürfnis gewesen, weil jene Rechte bei gutgläubigem Erwerb von einem Nichtberechtigten in der Regel Eigentumsübergang nicht eintreten ließen.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch dagegen, wo diese Bestimmungen über den Eigentumserwerb sich gerade ins Gegenteil verkehrt haben, ist der Lösungsanspruch überflüssig geworden,[3]) und es wäre falsch, ihn gleichsam durch die Hintertür des Verwendungsanspruchs wieder zurückkehren zu lassen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nicht die Dreiteilung der Impensen, sondern unterscheidet lediglich zwischen „notwendigen" und „anderen als notwendigen Verwendungen".

Was allerdings unter notwendigen Verwendungen, überhaupt unter Verwendungen im allgemeinen, zu verstehen ist, dafür gibt das Gesetz absichtlich[4]) keine Definition.[5]) Die Begriffsbestimmung wird dem Sprachgebrauch überlassen.[6])

Nur gewisse Anhaltspunkte gibt das Gesetz, indem es ausdrücklich „die gewöhnlichen Erhaltungskosten" (§ 994 Abs. 1),

---

[1]) vgl. Schlegelberger a. a. O. S. 34—38. Der Lösungsanspruch bei gestohlenen, aber öffentlich erworbenen Sachen findet sich auch im französischen, englischen und niederländischen Recht; vgl. Herbert Meyer, Entwerung und Eigentum im deutschen Fahrnisrecht, Jena 1902.

[2]) Auch das ALR. hielt Lösungs- und Verwendungsanspruch auseinander: Der gutgläubige entgeltliche Erwerber muß zwar die Sache dem Eigentümer herausgeben, kann aber „dagegen Erstattung alles dessen verlangen, was er dafür gegeben (Kaufpreis) **oder** geleistet hat" (Verwendungen). Vgl. ALR. I Titel 15 §§ 25 u. 26. Auch galt der Lösungsanspruch nur subsidiär, wenn nach Eviktion der Gewährsmann den Kaufpreis nicht erstattete. Der Verwendungsanspruch dagegen richtete sich stets primär gegen den Eigentümer (§§ 154—157) (I Titel 11).

[3]) vgl. Eck a. a. O. § 20 S. 180 u. § 15 i. f. S. 127.

[4]) „Da der Sinn des Ausdrucks auch ohne Begriffsbestimmung in der Rechtsanwendung nicht verkannt werden wird", sagen die Mot. Bd. 3 S. 411.

[5]) Anders das ALR., welches durch Aufstellung bestimmter Typen eine Art Legaldefinition gibt (I Titel 13 §§ 265—272; vgl. auch I Titel 7 §§ 204 ff., speziell §§ 212—214).

[6]) vgl. § 8 des preuß. EinkStG. in der Fassung v. 19. 6. 1906: „Die Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung des Ertrages (Werbungskosten)", ferner die in § 8 I Nr. 1—5 aufgeführten Beispiele.

ferner diejenigen Aufwendungen, welche zur Bestreitung der Lasten (§ 995) einer Sache von dem gutgläubigen Besitzer gemacht sind, als notwendige Verwendungen bezeichnet; schließlich stellt es diesen auch noch die Kosten gleich, welche auf die noch nicht geernteten Früchte des laufenden Wirtschaftsjahres in ordnungsmäßigem Betriebe verwendet worden sind, soweit sie nicht den Wert der Früchte übersteigen, aber nur bei landwirtschaftlichen Grundstücken[1]) (§ 998).

Im übrigen ist zu den notwendigen Verwendungen offenbar alles das zu zählen, was — nach objektiver[2]) Beurteilung — bei normalem Betrieb für ein bestimmtes Vermögensobjekt nach den Grundsätzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft getan werden muß, um eine Verschlechterung desselben zu verhüten; also nicht lediglich Erhaltung der Substanz, sondern u. a. auch Neubauten, Modernisierungen des Betriebes u. a. m.

Auch wenn später der Nutzen der Verwendungen wieder verloren geht, bleibt die Ersatzpflicht für notwendige Verwendungen bestehen. Denn die Kommission des 2. Entw. nahm an, der Eigentümer sei unbedingt um den Betrag der notwendigen Verwendungen bereichert, weil ihm ja eine entsprechende Ausgabe erspart geblieben ist.[3])

Von diesem Gesichtspunkt aus hat der gutgläubige Eigenbesitzer einen Anspruch auf v o l l e n Ersatz seiner Imp. necessariae (§ 994 in Verb. mit § 996 BGB.). Nur eine Einschränkung erfährt dieser Anspruch: Für die Zeit, wo der Besitzer den vollen Fruchtgenuß gehabt hat, muß er die gewöhnlichen Erhaltungskosten — wie bei den röm. Imp. in fructus — einschließlich der zu tilgenden l a u f e n d e n Lasten, selbst tragen, da ihm ja die ordnungsmäßigen[4]) Erträge dieser Wirtschaftsperiode als Gewinn

[1]) Ein Ersatz für den Rechtsvorteil nach dem deutschrechtlichen Grundsatz: „Wer säet, der mähet"; L e o n h a r d bei Eck a. a. O. Anm. 1 S. 178 § 20.

[2]) vgl. E n d e m a n n, Einf. i. d. Stud. des BGB. Bd. 2 S. 365/66: „Ob der Eigentümer s e l b s t Nutzen hat, kommt nicht in Frage"; B i e r m a n n a. a. O. Note zu § 996 BGB.: „Der redliche Besitzer braucht sich um den Eigentümer nicht zu kümmern im Gegensatz zu l. 38 D. 6, 1.

[3]) vgl. E n d e m a n n, Lehrb. des BGB. Anm. zu § 995 BBG. — Analog ALR. I Titel 13 § 268 und K o c h Anm. 9; ferner L e o n h a r d bei Eck a. a. O. S. 176 § 20 Note 1.

[4]) Bei Fruchtziehung ü b e r die Grenzen wirtschaftlicher Erträgnisse

verbleiben (§§ 994 Abs. 1, 995). Solche Lasten dagegen, welche vom Stammwert abzuschreiben sind (z. B. Amortisationsquoten im Gegensatz zu Hypothekenzinsen, Renten, Steuern), hat der Eigentümer dem Eigenbesitzer stets zu erstatten, auch wenn dieser sie während der Zeit seines Fruchtgenusses entrichtet hat.

Für „andere als notwendige Verwendungen" kann der gutgläubige Besitzer nur dann Ersatz fordern, wenn der fremde Gegenstand der Impensen dadurch eine Werterhöhung erfahren hat, auch wenn dieselbe nur in einer Verringerung oder Ersparnis künftiger Ausgaben beruht.[1]) Diese Werterhöhung ist nach objektivem Maßstab zu bemessen, wie die herrschende Meinung annimmt.[2])

Der kritische Moment für die Feststellung des zu ersetzenden Wertzuwachses ist der Zeitpunkt, wo der Eigentümer die Sache „wiedererlangt",[3]) sei es aus der Hand des Besitzers selbst, sei es in anderer Weise. Danach ist zu ersetzen „der Wert der Impensen zur Zeit ihrer Vornahme bis zu dem Betrage, um welchen der Wert der Sache zur Zeit der Wiedererlangung den Wert übersteigt, welchen die Sache zu dieser Zeit haben würde, wenn die Verwendungen nicht gemacht wären" (Planck, Komm. zu § 996 Nr. 1 BGB.).

Natürlich hat auch die Genehmigung der Verwendungen

(Raubbau) muß sich der Eigenbesitzer eine Kompensation seitens des Eigentümers gefallen lassen (§ 993 BGB.).

[1]) Nach ALR. I Titel 7 § 205 auch solche Aufwendungen, deren Nutzen zwar noch nicht vorhanden, aber doch mit Sicherheit zu erwarten war.

[2]) vgl. Bethke a. a. O. S. 49/50 und die dort angeführten Schriftsteller. Nach Leonhard (bei Eck a. a. O. Note 2 zu S. 177) anders wie im römischen Recht, nicht der subjektive Gebrauchswert, sondern der allgemeine Wert im Verkehrsleben; Leonhard a. a. O. (Note 3 i. f. zu S. 175/76) bedauert, daß man bei den werterhöhenden Verwendungen nicht mehr, wie im römischen Recht, auf die besonderen Bedürfnisse des Eigentümers sehen will; Dernburg, Sachenrecht S. 361 läßt dagegen den Ersatzanspruch auf die Bereicherung des Eigentümers (subjektiv) beschränkt sein.

[3]) Mot. S. 413: „Eingetreten ist die Bereicherung zwar in dem Augenblick der Verwendung, wirtschaftliche Bedeutung gewinnt dieselbe für den Eigentümer indessen erst, wenn dieser die Sache wiedererlangt hat"; Eck a. a. O. S. 178 tadelt diese Abweichung des BGB. vom römischen Recht, wo der Wertzuwachs zur Zeit der L. C. maßgebend war.

durch den Eigentümer einerseits, die Geltendmachung des Retentionsrechtes durch den Eigenbesitzer anderseits die Wirkung, daß die Ersatzforderung durch Wertverminderung nicht mehr gemindert werden kann, es sei denn durch ein Verschulden des Besitzers.

Zu verzinsen sind die durch Auslagen gemachten Verwendungen dem gutgläubigen Besitzer aber schon von dem Augenblick an, wo sie in Wirklichkeit vorgenommen worden sind (§ 256 BGB.), natürlich soweit überhaupt ein Ersatz gefordert werden kann.

Wie schon das Bürgerliche Gesetzbuch den Eigentümer dadurch schlechter stellt wie im römischen Recht, daß es bei Bestimmung des Ersatzumfanges auf dessen persönliche Verhältnisse kaum Rücksicht nimmt, so hat es, der gleichen Tendenz folgend, die Stellung des Eigenbesitzers durch neuartige Bestimmungen noch mehr verstärkt.

Während im römischen Recht dem Richter ein gerechter Ausgleich überlassen wird, gibt das Bürgerliche Gesetzbuch dem Eigenbesitzer die Befugnis, durch ein Selbstbefriedigungsrecht, freilich nur solange er im Besitz der betreffenden Sache ist, den Ersatz der Impensen zu erzwingen, unter Umständen auch durch Ausübung des Abtrennungsrechtes sich schadlos zu halten.

Wenn der Eigentümer dagegen in der Lage ist, durch Hingabe[1]) des Gegenstandes — der Verwendungen, damit der Besitzer sich daraus befriedigen kann — eine persönliche Haftung abzuwenden, so ist dies ein sehr mäßiges Äquivalent für die ihm aufgebürdeten Lasten.

Den gutgläubigen Erbschaftsbesitzer hat das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 2022) analog dem S. C. Juventianum noch günstiger gestellt. Er ist zur Herausgabe der Erbschaftsstücke nur gegen Ersatz aller Verwendungen verpflichtet, also auch solcher, durch welche die Erbschaft nicht mehr bereichert ist.

Die Verwendungen auf einzelne Stücke sind zugleich als Aufwendungen auf die Erbschaft als Vermögenskomplex anzu-

---

[1]) vgl. Biermann a. a. O. Note 2 zu § 1001 BGB.; Leonhard bei Eck S. 179 Anm. 4.

sehen, so daß ein Rückbehaltungsrecht an dem Nachlaß als Ganzem besteht.[1])

Diese Bevorzugung des Erbschaftsbesitzers ist freilich eine Art Kompensation dafür, daß er anderseits alle Bereicherung aus den Nutzungen oder Erträgen der Erbschaft dem wahren Erben herauszugeben hat.

§ 32.

Das Abtrennungsrecht.

Es ist schon davon gesprochen worden, daß unter dem römischen ius tollendi kein solches Recht verstanden werden kann, aus dem ein selbständiger Anspruch entspringt, daß es vielmehr nur eine dem beklagten Besitzer kraft richterlicher Machtvollkommenheit erteilte Befugnis war.[2])

Aus dem Abtrennungsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs dagegen leitet der Eigenbesitzer ein subjektives Recht her, solche Gegenstände sich wieder anzueignen, deren Eigentum er durch Verbindung zu wesentlichem Bestandteil einer fremden Sache — die er für die seine hielt — verloren hat. Ein beschränktes Selbsthilferecht, welches ermöglichen soll, die expropriierende Wirkung der Bestimmungen über die Accession — § 946 BGB. — wieder rückgängig zu machen (Mot. Bd. 3 S. 417), wenn die Verbindung in einem Irrtum über den Mangel der dinglichen Berechtigung erfolgt ist. Seine Ausübung ist, wie bereits erwähnt, unabhängig davon, ob der Eigentümer durch die Verbindungen bereichert ist oder nicht.[3]) Darin unterscheidet es sich besonders von den Verwendungsansprüchen im engeren Sinne.

Dadurch, daß es sich nur mit wesentlichen Bestandteilen befaßt, ist das Abtrennungsrecht begrifflich eng umgrenzt. Aber auch faktisch sind seiner Ausübung Schranken gezogen im Interesse und zum Schutz des Eigentümers.

---

[1]) vgl. Schlegelberger a. a. O. S. 85/86 und die S. 86 Anm. 1 Zitierten. Ein Analogon zu: „Pignoris causa est indivisa".

[2]) vgl. Bethke a. a. O. S. 52 und die dort Angeführten.

[3]) Im ALR. Jus tollendi, spez. bei Impensae voluptuariae, I Titel 7 § 238, I Titel 9 § 328.

Im römischen Recht wurde der Rechtssatz: „Inaedificatio solo cedit“ so streng und so konsequent gehandhabt, daß schon dadurch das Aufkommen eines selbständigen Jus tollendi fast unmöglich gemacht wurde.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt das Accessionsrecht in dieser Strenge nicht mehr.

Nur wenn die verbundenen Gegenstände wesentlicher Bestandteil[1]) der Hauptsache geworden sind, geht das Sondereigentum und jedes dingliche Recht an ihnen verloren, so an Gebäuden und allem, was mit dem Boden fest verbunden worden ist. Und nur auf solche bezieht sich das Abtrennungsrecht, indem es dem Besitzer gestattet, sich dieselben wieder „anzueignen“ (§ 997 BGB.).

Wo eine Accession, also auch ein Eigentumsverlust nicht eingetreten ist, da die verbundenen Gegenstände, speziell Zubehörstücke, nicht wesentlicher Bestandteil der Hauptsache geworden sind, braucht dem Besitzer ein besonderes Abtrennungsrecht nicht bewilligt zu werden. Über sein Eigentum kann er ja unbekümmert um den Eigentümer der Hauptsache verfügen. Und selbst wenn letzterer mit dem Besitz der Hauptsache auch den der Verbindung, etwa des Zubehörs erlangt hat, muß er dem früheren Besitzer Aufsuchung und Wegräumung jener Zubehörstücke u. dgl. gestatten (§ 1005 in Verb. mit § 867 BGB.).

§ 33.

In wenigen Ausnahmefällen geht das Eigentum auch an wesentlichen Bestandteilen nicht im Eigentum an der Hauptsache auf,[2]) in einem Falle auch bei gutgläubigem Bau auf fremdem Boden, nämlich bei Grenzüberbau. Hier ist also auch

---

[1]) Legaldefinition von „wesentlicher Bestandteil“ in §§ 93, 94 BGB. Bezüglich Bäume und Pflanzen hatte das ALR. andere Bestimmungen in I Titel 9 § 275.

[2]) Der sogen. Bau nach Liegenschaftsrecht: Nießbraucher, Grunddienstbarkeitsberechtigter, Erbbauberechtigter werden Eigentümer des von ihnen in Ausübung des betreffenden Rechts auf dem dienenden Grundstück errichteten Baues (vgl. Martin Wolff a. a. O. S. 72).

das Jus tollendi bedeutungslos, statt dessen genießt der gutgläubig Überbauende einen besonderen Rechtsschutz.

Im römischen Recht war es streitig, ob die allgemeinen Accessionsgrundsätze galten, oder ob der Überbauende an dem Überbau Eigentum erwarb. Für letzteres traten wenigstens Labeo und Sabinus ein, nach Proculus blieb auch hier der Satz bestehen: „Aedificatio solo cedit"; „quod verius est" bemerkt Pomponius dazu in l. 28 D. 41, 1, und ihm folgt Justinian.[1]) Dagegen war es deutscher Rechtsgrundsatz, daß der Erbauer auch Eigentümer des Überbaues wurde.[2]) Das deutschrechtliche Institut des Grenzüberbaues hat auch das Bürgerliche Gesetzbuch angenommen mit der Beschränkung, daß der geschädigte Nachbar immer noch Eigentümer des überbauten Grund und Bodens bleibt und von dem Erbauer jederzeit verlangen kann, daß er diesen Grund und Boden ihm abkaufe, soweit er überbaut ist. Andernfalls muß der Nachbar aber den Überbau dulden und hat nur Anspruch auf eine an dem Grundstück haftende Jahresrente (§§ 912—916 BGB.).

§ 34.

Liegt kein bloßer Überbau vor, dann braucht der Eigentümer des Grundstücks — argumento a contrario — offenbar den Bau nicht zu dulden.[3]) Er kann demnach von dem gutgläubigen Erbauer die Wegräumung auf dessen Kosten verlangen, wenn auch das Gebäude wesentlicher Bestandteil des Grundstücks geworden und damit in dem Eigentum an Grund und Boden aufgegangen ist. Durch den Einbau kann sowohl eine Wertsteigerung wie eine Schädigung des Grundstücks eintreten. Im ersten Falle hat der im guten Glauben bauende Besitzer ein Recht der Abtrennung, im zweiten Falle kann ihm aber auch eine lästige Pflicht der Abtrennung auf eigene

---

[1]) vgl. c. 2 pr. C. 3, 32.

[2]) Strenger das ALR. I Titel 9 §§ 340—342.

[3]) vgl. Martin Wolff a. a. O. S. 66ff.; vgl. auch für das germanische Recht Sommerbrodt a. a. O. S. 54.

Kosten erwachsen, falls der Grundeigentümer gegen ihn (aus § 1004 BGB.) auf Beseitigung der Anlage klagt.

Es kann unter Umständen schwierig werden, dieses Recht des Eigentümers in Einklang zu bringen mit dem Entschädigungsanspruch des gutgläubigen Erbauers. Wenn auch das Gebäude in einer Beziehung eine Wertsteigerung des Grundstücks hervorgebracht hat, kann sein Bestehen doch den Interessen des Eigentümers schnurstracks zuwiderlaufen; z. B. wenn eine Fabrik mitten in einem Park, ein Hotel in einem Weinberg oder sonst eine störende Anlage neben dem Wohnhaus des Eigentümers errichtet ist (à la Mühle von Sanssouci). Hier steht Recht gegen Recht. Das Abreißen kann eine enorme Schädigung des Erbauers zur Folge haben, das Stehenlassen kann gleichbedeutend sein mit einer faktischen Expropiierung des Grundeigentümers. Die objektive Feststellung des Wertzuwachses und die Bemessung des Entschädigungsanspruchs wird hier unter Umständen unmöglich sein, je nachdem man sich auf den einen oder den anderen Standpunkt stellt.[1]) Es wird also in diesem Falle dem Richter obliegen, mit möglichster Schonung beider Parteien (wenn diese sich nicht einigen wollen) den gordischen Knoten zu durchhauen. Man wird aber eher dazu neigen können, den bauenden Eigenbesitzer zu schützen, besonders in dem gewiß nicht seltenen Falle, wo er den Besitz auf Grund eines Kaufvertrages erlangt hat, welcher wegen eines Mangels der gesetzlichen Form nichtig ist, ohne infolge nachfolgender Auflassung zu konvaleszieren.

---

[1]) Wolff weist a. a. O. S. 55 darauf hin, daß im ALR. für diesen Fall praktische Vorschriften bestanden, durch welche Auswege — freilich Zwangsauswege — geschaffen waren. I Titel 9 § 327 bestimmt: Der Grundeigentümer konnte entweder den Neubau erwerben gegen Vergütung der Baukosten, soweit sie den Wert nicht überstiegen; oder er konnte auf Abbruch und Entfernung dringen, oder den Neubau seinem Erbauer überlassen gegen angemessene Vergütung des Grund und Bodens und des etwa erlittenen Schadens. — Hatte der Grundeigentümer um den Bau gewußt und nicht unverzüglich sein Veto eingelegt, so mußte er gegen bloße Entschädigung von Grund und Boden das Grundstück mit dem Bauwerk dem Erbauer überlassen (§ 332 eod. l.).

§ 35.

In der Regel wird die Abtrennung nur als ein vorteilhaftes Recht des Eigenbesitzers in Betracht kommen. Er kann dasselbe wahlweise neben dem Retentions- und Klagerecht ausüben, und unter Umständen selbst dann, wenn er einen Ersatz nicht zu fordern hat, d. h. wenn eine Melioration des Grundstücks, eine Bereicherung des Eigentümers durch die Accession nicht entstanden ist. Nur indirekt wird ja überhaupt ein Verwendungsanspruch durch Ausübung des Abtrennungsrechtes geltend gemacht.

Auch nach Verlust des Besitzes darf er noch von diesem Recht Gebrauch machen, da nach § 997 BGB. in Verb. mit § 258 der Eigentümer verpflichtet ist, die Fortnahme zu gestatten. Andernfalls kann die Duldung mit einer Klage erzwungen werden.

Für den Erbauer eines Hauses wird das Abtrennungsrecht natürlich nur dann einen praktischen Wert haben, wenn der Reingewinn aus der Verwertung der Baumaterialien höher ist als die Entschädigung, welche er für den Bau seinem Charakter als Aufwendung zufolge zu erwarten hat. Außer diesen natürlichen Grenzen hat auch das Gesetz der Abtrennung Schranken gezogen durch folgende Bestimmungen:

1. Der Eigentümer kann, falls er im Besitz des Grundstücks ist, die Gestattung der Wegnahme verweigern, bis ihm der Besitzer Sicherheit für einen dadurch möglicherweise entstehenden Schaden geleistet hat (§ 258 BGB.).

2. Der Besitzer hat auf seine Kosten den früheren Zustand herzustellen.

3. Er darf überhaupt das Abtrennungsrecht nicht ausüben, unter folgenden Voraussetzungen:

a) Die Verbindung trägt den Charakter von gewöhnlichen Unterhaltskosten aus einer Zeit, wo der Besitzer die Nutzungen hatte, für welche ihm also gemäß § 994 Abs. 1 Satz 2 kein Ersatzanspruch zusteht.[1])

---

[1]) vgl. Neumann a. a. O. Anm. zu § 997 S. 514.

b) Die Abtrennung hat für ihn keinen Nutzen, würde nur Schikane gegen den Eigentümer werden.

c) Der Eigentümer macht von seinem Auslösungsanspruch Gebrauch, d. h. er erbietet sich, den Wert zu ersetzen, welchen der zu lösende Bestandteil nach der Trennung für den Besitzer haben würde. „Für den Besitzer", das kann nur so viel bedeuten, als: Ersatz des Interesses, dessen Höhe der Eigenbesitzer freilich zu beweisen hat. Ersatz des Affektionswertes ist ausgeschlossen, denn dieser könnte ja beliebig hoch von dem Besitzer normiert werden. Ersatz des objektiven Wertes anzunehmen, dem widersprechen die Worte „für ihn". Anderseits würde auch der objektive Wert der getrennten Sache meist niedriger sein als der Wertzuwachs des Grundstückes bei Fortbestehen der Verbindung, und es hätte doch keinen Sinn, die Auslösungssumme niedriger anzusetzen, als der Anspruch auf Ersatz ist, welcher ohnedies aus § 996 BGB. dem Besitzer zusteht.[1])

4. Schließlich ist die Ausübung des ius tollendi rechtlich dann ausgeschlossen, wenn es die Zerstörung der Hauptsache zur Folge hätte. Diese Folgerung ist aus § 258 BGB. zu ziehen, weil unter diesen Umständen eine Wiederherstellung des früheren Zustandes unmöglich gemacht wird.[2])

Der Eigenbesitzer wird also nicht ohne weiteres sein Abtrennungsrecht ohne Wissen und Willen des Eigentümers ausüben können. So hat er offenbar die Pflicht, jenem die Auslösung des zu trennenden Bestandteils anzubieten oder ihn wenigstens rechtzeitig von der bevorstehenden Lostrennung zu benachrichtigen. Bei Unterlassung kann ihn der Eigentümer event. aus § 823 haftbar machen für daraus erwachsenen Schaden.

---

[1]) vgl. Baring im Sächs. Arch. a. a. O. § 41.

[2]) Weitere Rücksichten braucht der Eigenbesitzer nicht zu nehmen, so daß er u. a. die Abtrennung vornehmen darf, obwohl dem Grundeigentümer indirekt ein Schaden daraus erwächst, also anders wie im römischen Recht („sine dispendio domini"); vgl. Bethke a. a. O. S. 52.

§ 36.

Wie lange dem Eigenbesitzer dieses Abtrennungsrecht zusteht, ist im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt. Aus der Stellung des § 997 wird man folgern dürfen: ebensolange wie ein Aufwendungsersatzanspruch besteht. Es wird also erlöschen, wenn der Prozeß rechtskräftig über den Ersatzanspruch und damit implicite auch über die Verbindung, in ihrer Eigenschaft als Aufwendung für das Grundstück, entschieden hat, mag jener Anspruch klage- oder einredeweise geltend gemacht worden sein. Auch nach Anerkennung des Anspruches durch den Eigentümer ist wie dieser, so auch der Besitzer obligatorisch gebunden, sein Trennungsrecht nicht ohne des ersteren Genehmigung auszuüben. Sonst kann der Eigentümer die Anerkennung widerrufen, vorausgesetzt, daß jene Verbindung als Aufwendung ersatzbedürftig war.

Ist dagegen der Besitz des Ganzen dem Eigentümer vom Eigenbesitzer vorbehaltlos übertragen worden, so wird man Staudinger zustimmen müssen, welcher die Präklusion des Ersatzanspruches aus § 1002 BGB. auf das ius tollendi ausdehnen will. Es entspräche zum mindesten der ratio jener Präklusionsfrist: Schutz des Eigentümers gegen nachträglich erhobene Verwendungsansprüche, nachdem er einmal sein Eigentum bedingungslos zurückerhalten hatte.

§ 37.

Der subsidiäre Bereicherungsanspruch.

Für den Fall, daß der Eigentümer durch Verwendungen des Eigenbesitzers noch tatsächlich bereichert ist, nachdem er die Sache wiedererlangt hat, ist es denkbar, daß der Besitzer jenen zu Herausgabe der Bereicherung mittels einer condictio sine causa zwingen könnte.

Die Konkurrenz dieser Bereicherungsklage mit der dinglichen Klage ist freilich im allgemeinen ausgeschlossen; bei Verlust

des dinglichen Anspruchs wird sie dagegen subsidiär zugelassen, nach herrschender Ansicht.[1])

Falls also sonst ihre Voraussetzungen[2]) gegeben sind, müßte die moderne Condictio auch im Verhältnis des verwendenden Eigenbesitzers zum Eigentümer zur Anwendung gelangen können, nachdem z. B. die Klage aus § 1002 durch Präklusion erloschen ist.

Diese Voraussetzungen sind folgende:

1. Es muß überhaupt auf seiten des Beklagten irgendein Vermögensvorteil eingetreten sein.

2. Die damit zusammenhängende Bereicherung muß „durch eine Leistung“ — auf Grund eines negotium — oder „in sonstiger Weise auf Kosten“ des Klägers erfolgt sein.

3. Der Erlangung des Vermögensvorteils muß der rechtliche Grund fehlen.

Die beiden ersten Voraussetzungen geben keinen Anlaß zu Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer subsidiären Bereicherungsklage gegen den durch Verwendungen des Eigenbesitzers bereicherten Eigentümer. Schon die Erlangung des Besitzes wäre als Erzielung eines Vermögensvorteils anzusehen. Denn auch wenn der Besitz nur als eine rechtlich geschützte Tatsache aufgefaßt wird, muß er doch als ein Rechtsgut angesehen werden, welches wirtschaftliche Werte in sich birgt. Aus dem gleichen Grunde wird man die vorbehaltslose Herausgabe an den Eigentümer als „Leistung“ bezeichnen müssen.

Schwierigkeiten bei Beantwortung unserer Frage, ob die Bereicherungsklage gegen den Eigentümer zu gewähren sei, macht nur der Begriff „ohne rechtlichen Grund“.

Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, diesen Begriff zu definieren.

Ohne rechtlichen Grund kann eine Bereicherung nicht eintreten, welche sich auf Grund einer gesetzlichen Vorschrift vollzieht. Wenn also bei der Verbindung von Mobilien und Immobilien das Gesetz in § 946 BGB. dem Eigentümer des letzteren

---

[1]) vgl. v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch des bürgerl. R. § 38 S. 374ff.; Beckhaus a. a. O. S. 20 u. 42ff. und die dort Zitierten.

[2]) vgl. Beckhaus a. a. O. S. 13ff.

einen Vermögenszuwachs auf Kosten des anderen zuspricht, so konnten gegen den so Bereicherten nicht die allgemeinen Grundsätze über die ungerechtfertigte Bereicherung zur Anwendung gelangen. Es bedurfte also einer besonderen[1]) gesetzlichen Vorschrift, um dem auf diese Weise Geschädigten einen Ersatzanspruch gegen den Grundeigentümer zu gewähren. Und nur um dabei einen möglichst gerechten Vermögensausgleich herbeizuführen, wird der dem Geschädigten in § 951 Abs. 1 zugebilligte Ersatzanspruch seinem Umfang nach normiert „als Vergütung nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung". Es ist also weder ein eigentlicher Bereicherungs- noch ein echter Verwendungsanspruch, wenn auch eine Gattung der Verwendungen im allgemeinen der Grund, die Bereicherung des Eigentümers stets Gegenstand des Anspruchs sein wird. Denn nur diese Bereicherung, nicht der Schaden[2]) des Besitzers wird bei der Berechnung — betr. die Höhe der Ersatzforderung — zugrunde gelegt.

Soweit die Aufwendungen des Eigenbesitzers in einer Verbindung eigener Gegenstände, im Sinne des § 946, mit einem Grundstück bestehen, dessen Eigentümer dadurch bereichert ist, wird man dem Besitzer eine Klage aus § 951 BGB. nicht versagen können.[3])

Dieselbe wird subsidiär dort zu gewähren sein, wo der eigentliche Verwendungsanspruch, namentlich bei anderen als notwendigen Verwendungen, als solcher nicht zur Entstehung gelangt ist, während das Abtrennungsrecht aus einem der angeführten Hinderungsgründe versagt hat.

Dieser subsidiäre, rein persönliche Anspruch gegen den Bereicherten hat eine mehr theoretische als praktische Existenz.

Er könnte aber doch gelegentlich in die Erscheinung treten, z. B. wenn der Eigentümer freiwillig Ersatz der Aufwendungen, aber dabei weniger geleistet hat, als seinem eigenen Gewinn entsprach. Ferner bei Verbindungen, die zur Zeit der Übergabe

---

[1]) vgl. v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch S. 380 ff.

[2]) vgl. v. Mayr, Der Bereicherungsanspruch S. 589 ff., 600 ff.

[3]) Zustimmend Kipp (bei Windscheid) § 422 S. 818 ff.; Staudinger a. a. O. Bem. zu § 997; v. Mayr a. a. O. S. 380, 424 ff., 662.

des Grundstücks (Mobilien kommen hierbei ja nicht in Betracht) an den Eigentümer den Wert des Gutes noch nicht gesteigert hatten, also auch nicht den Charakter ersatzbedürftiger Aufwendungen trugen, späterhin dagegen — etwa bei einer spekulativen Anlage — dem Grundeigentümer erheblichen Gewinn abwerfen.

Wenn der Eigenbesitzer die Sache vorbehaltlos an den Eigentümer herausgegeben hat und sein Anspruch dann — gemäß § 1002 — durch Präklusion erloschen ist, so könnte an dessen Stelle der subsidiäre Anspruch aus § 951 ohne Zweifel treten (freilich contra rationem legis), weil eine Geltendmachung des Anspruches auf anderem Wege im § 1002 nicht ausgeschlossen ist. Allein der Anspruch aus § 951 könnte doch nicht zum Ziele führen, wenn der beklagte Eigentümer sich der exceptio doli bedient: „Was Du jetzt als Anspruch aus § 951 geltend machst, hättest Du damals schon — bei der Übergabe der Sache — als Verwendungsanspruch geltend machen müssen: mit Erlöschen des letzteren bin ich von jeder Verpflichtung aus Deinen Aufwendungen befreit!“

Was die Höhe des Ersatzanspruchs aus § 951 anbelangt, so sind die Worte des Gesetzes: „eine Vergütung in Geld nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung“ wohl im folgenden Sinne zu interpretieren: Herauszugeben ist der Wertzuwachs, welchen das Vermögen des beklagten Eigentümers, ohne sein Zutun, in direktem ursächlichem Zusammenhang mit der Tatsache der Verbindung mit dem fremden Vermögensobjekt erfahren hat.

Die auf diese Weise zustandegekommene Vermehrung des Gesamtvermögens auf seiten des Eigentümers (kann) wird meist eine positive sein, z. B. der Eigenbesitzer hat für eine Parkanlage (impensae voluptuariae) Ersatz nicht fordern dürfen, später zahlt jedoch ein Liebhaber dem Eigentümer des Grundstücks einen hohen Preis dafür.

Die Bereicherung kann aber auch auf einer Ersparnis später erst notwendig werdender Ausgaben beruhen, z. B. wenn der Eigentümer zu technischen Zwecken einen Staudamm ausnutzt, den der frühere Besitzer, ohne dafür entschädigt worden

zu sein, etwa nur zu luxuriösen Zwecken (z. B. Wasserkünsten) aufgeführt hat.

Freilich wird dem Kläger der Beweis über das Vorhandensein und die Höhe der Bereicherung in der Regel schwer fallen. In dem Beispiel, wo der Park von einem Liebhaber teuer bezahlt worden ist, wäre als Gegenstand der Condictio die Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem imaginären Preis anzusetzen, welcher unter gleichen Verhältnissen von einem ähnlich situierten Käufer für ein erst zu bepflanzendes Grundstück bezahlt werden würde. Wenn eine Bereicherung durch Ersparnis, also eine negative, festzustellen ist, so wird man zu ihrer Beurteilung dem Bereicherten gegenüber den Maßstab einer ordnungsmäßigen Wirtschaft bezw. einer standesgemäßen Lebensführung anlegen müssen.

Abgesehen von diesen Schwierigkeiten sowie von seiner Infrequenz überhaupt, hat der subsidiäre Impensenanspruch aus § 951 noch einen Krebsschaden: Die Gefahr der Rückforderung einer sich erst später bemerkbar machenden Bereicherung ist eine unbillige Beunruhigung des Eigentümers in dem Gefühl der Sicherheit seines Rechtes.

§ 38.

Abgesehen von dem einen Falle, wo das Gesetz einen Anspruch auf Herausgabe der Bereicherung gewährt, obwohl es selbst diesen durch Accession herbeigeführten Vermögenszuwachs legalisiert, so daß er nicht mehr „ungerechtfertigt“ genannt werden kann, abgesehen also von der Klage aus § 951 BGB., ist stets Voraussetzung der modernen Condictio, daß die Bereicherung des Beklagten „ohne rechtlichen Grund“ erfolgt ist.[1])

Ungerechtfertigt ist aber die Bereicherung nicht, wenn der Eigenbesitzer die Sache, auf welche er Verwendungen gemacht hat, an den Eigentümer herausgibt, ohne Ersatzansprüche geltend

---

[1]) Zustimmend Kipp bei Windscheid § 422 S. 818ff.; v. Mayr a. a. O. S. 381, 662.

zu machen. Der Eigentümer empfängt nur das Seine, der rechtliche Grund des Erwerbes ist sein Eigentumsanspruch. Und der Eigenbesitzer ist durch das Gesetz so stark bezüglich seiner Verwendungsansprüche gesichert, daß er mit Recht den Schaden selbst zu tragen hat, wenn er von seinen gesetzlichen Schutzmitteln keinen Gebrauch macht, freiwillig leistet und die Präklusivfrist aus § 1002 BGB. verstreichen läßt.

Dieselbe würde ja vollkommen illusorisch gemacht, wenn man eine subsidiäre Bereicherungsklage allgemein zulassen wollte. Übrigens geht es unmittelbar aus dem Gesetz hervor (§ 813 BGB.) — argumento a contrario —, daß die Rückforderung ausgeschlossen ist, weil das dem Anspruch des Eigentümers entgegenstehende Retentionsrecht keine Einrede ist, durch welche „die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde“ (wobei die Übertragung des Besitzes an den Eigentümer wohl als „eine Leistung zum Zweck der Erfüllung einer Verbindlichkeit“, im weitesten Sinne, aufgefaßt werden darf).

Denselben Gedanken spricht v. Mayr (a. a. O. S. 472) im folgenden aus: „Der irrtümlich unterlassenen Aufrechnung nahe verwandt scheint die Unterlassung eines Zurückbehaltungsrechts. Denn auch hier läßt sich mit einem Schein von Berechtigung behaupten, daß insofern ohne rechtlichen Grund geleistet ist, als für den Schuldner keine rechtliche Nötigung bestand, zu leisten, bevor er hinsichtlich seines Gegenanspruchs gedeckt war. Gewann aber diese Frage schon für das römische Recht praktisches Interesse nur dort, wo der Schuldner weder eine selbständige Klage zur Geltendmachung seines Anspruchs hatte, noch auch sonstige Rechtsmittel zu gebrauchen imstande war, und galt dennoch auch für diese Fälle im römischen Recht das Gegenteil, so wird man um so mehr heute, wo dem Zurückbehaltungsrecht solche ausschließliche Bedeutung nicht zukommt, dasselbe behaupten dürfen. Diese Annahme wird durch das Gesetz bestätigt, insofern dieses nur die unterlassene Geltendmachung dauernder, nicht auch die vorübergehender Einreden — denen das Rückbehaltungsrecht zweifellos zuzurechnen ist — durch den Bereicherungsanspruch ausgleichen läßt“.

Auch wenn der Eigentümer nicht durch Leistung, sondern

„in sonstiger Weise auf Kosten“[1]) des Besitzers, z. B. durch Okkupation, „etwas“ erlangt hat, d. h. den Vorteil von den Verwendungen desselben ohne Gegenleistung, auch dann ist die subsidiäre Bereicherungsklage ausgeschlossen. Denn bei Okkupation des Gegenstandes der Verwendungen durch den Eigentümer hat der Eigenbesitzer ja die Ersatzklage, welche keiner Präklusivfrist, sondern nur der allgemeinen Klageverjährung unterliegt.

Allein unter der Voraussetzung, daß bei der Okkupation der Nichteigentümer widerrechtlich aus dem Besitz entsetzt worden ist, steht diesem die Condictio possessionis zu, weil anerkanntermaßen unter den Begriff: „‚etwas‘ auf Kosten eines anderen erlangen“ auch der Besitz fällt. Diese Condictio possessiones käme aber nicht subsidiär, sondern elektiv neben der dinglichen Ersatzklage in Betracht.[2]) Der Anspruch geht dann auf Herausgabe der durch den ungerechtfertigten Besitz bedingten Bereicherung (z. B. Vorteil der Fruchtziehung), aber nicht direkt auf Schadensersatz. Einen praktischen Wert hat auch diese Klage wohl selten. In ähnlichem Sinne bemerkt Kipp (a. a. O. § 422 sub 5 S. 821) hierzu folgendes: „in diesem Falle ist der Besitzanspruch selbst ausreichend (§§ 858 und 861 BGB.), ferner die Klage aus § 1007 BGB., event. auch die Klage aus unerlaubter Handlung. Und nur dann kann die Condictio possessiones praktische Bedeutung gewinnen, wenn der Besitzanspruch aus § 864 BGB. nach Jahresfrist erloschen ist“.

Als Resultat dieser Untersuchung ergibt sich, daß die Gewährung einer subsidiären Bereicherungsklage auf den Fall der Accession beschränkt bleibt, auch da nur bei seltener Anwendungsmöglichkeit.

Es ist also eine sehr bescheidene Rolle, welche die Bereicherungsklage in der Impensenlehre des Bürgerlichen Gesetzbuchs spielt, obwohl der allgemeine Bereicherungsanspruch des

---

[1]) Über die Zusammengehörigkeit der Worte „in sonstiger Weise auf Kosten“ vgl. Jung a. a. O. S. 56 N. 94.

[2]) vgl. Jung a. a. O. S. 42, 43; v. Mayr a. a. O. S. 389; Beckhaus S. 46 und die dort Angeführten.

Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 812) weit über die Grenzen der römischen Kondiktionen, namentlich über die der Julianischen Negotienlehre, hinausgeht.

Wenn auch nicht unbeeinflußt geblieben von der Doktrin des gemeinen Rechtes, so ist doch unser Bürgerliches Gesetzbuch in der Materie: „Verwendungen“ seine eigenen Wege gegangen, indem es unter Erweiterung des römischen Retentionsrechtes den Anspruch des Ersatzberechtigten zu einem selbständigen Recht mit dinglicher Wirkung ausgebildet, die Geltendmachung des Anspruchs durch Angliedern des Selbstbefriedigungs- und des Abtrennungsrechtes erleichtert hat.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.

Lebenslauf.

Als Sohn des Rittergutsbesitzers und Landesältesten Ernst v. Moßner und seiner Ehefrau Martha geb. Schneider bin ich, Erich v. Moßner, evangelisch, Preuße, am 4. November 1881 geboren. Von Ostern 1891 bis Michaelis 1900 besuchte ich das Königliche Gymnasium zu Oels, welches ich mit dem Zeugnis der Reife verließ. Von da an bis zu Ostern 1901 studierte ich in Berlin die Rechte, trat im April 1901 als Seekadett bei der Kaiserlichen Marine ein, wurde 1904 Offizier, mußte aber krankheitshalber um Überführung zu den Offizieren der Reserve des Seeoffizierkorps bitten, welchen ich noch jetzt als Oberleutnant zur See angehöre.

Seit meinem Ausscheiden aus dem aktiven Marinedienst, seit Herbst 1905, studierte ich von neuem die Rechte, und zwar in München und Berlin, bis Ostern 1908. Darauf legte ich am 15. Juni 1908 in Breslau die erste juristische Staatsprüfung ab. Mit meiner Vereidigung, am 29. Juni 1908, trat ich als Referendar in den Justizdienst. Als solcher war ich bis zum 28. März 1909 am Königlichen Amtsgericht zu Nimptsch i. Schl. beschäftigt, schied dann aus dem Justizdienst aus und wurde von der Königlichen Regierung zu Breslau als Referendar in den Verwaltungsdienst übernommen, worin ich seit 5. April 1909 tätig bin.